Die Verleihung von Schienenwegen, insbesondere von Straßenbahnen,

dargestellt
nach der Theorie des deutschen Verwaltungsrechts.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der hohen Juristenfakultät der Universität Leipzig
vorgelegt

von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Theodor Kittel,
Referendar in Freiberg i. S.

Buchdruckerei A. W. Zickfeldt, Osterwieck/Harz.
1906.

Inhaltsübersicht.

A. Die verwaltungsrechtliche Natur der Straßenbahnen.

Sie sind Seite

I. öffentliche Verkehrsunternehmen (§ 1). . . . 8
Daraus folgen polizeiliche Befugnisse der Staatsgewalt auch gegenüber den Pferdebahnen, soweit sie nach geltendem Recht keine „Eisenbahnen" und deshalb nicht konzessionspflichtig sind.

II. öffentliche Schienenwege.
1. Die Straßenbahnen sind öffentliche Wege. (§ 2). 10
2. Die rechtliche Stellung des Staates zu den öffentlichen Wegen, insbesondere zu den Schienenwegen. – Sie sind Gegenstand der öffentlichen Verwaltung. (§ 3) 13
3. Deshalb ist auch das Straßenbahnwesen ein Stück öffentlicher Verwaltung und die Straßenbahnen sind Gegenstand des öffentlich-rechtlichen Eigentumes. (§ 4). 15
4. Privatpersonen können Straßenbahnen nur betreiben auf Grund einer Übertragung (Konzession, Verleihung) seitens des Staates. (§ 5) 21

B. Die rechtliche Stellung des beliehenen Straßenbahnunternehmers

I. zum Staat.
1. Die Rechtsnatur und die Folgen der Konzession. (§ 6) . . 23
2. Änderung und Aufhebung der Konzession. (§ 7) 32
3. Das Aufsichtsrecht. (§ 8) 37
4. Die öffentlich-rechtliche Entschädigung. (§ 9) 40
5. Polizeibefugnisse der Staatsgewalt. (§ 10) 44

II. zur Gemeinde
1. als Herrin öffentlicher Straßen. (§ 11) 46
2. als Inhaberin der Ortspolizeigewalt. (§ 12) 51

Verzeichnis der benutzten Druckschriften.

Die Schriften sind in der Arbeit so, wie sie hier gesperrt gedruckt sind, angeführt.

Bär, Badisches Straßen- und Wasserrecht.

von Bernewitz, Die Reichsgewerbeordnung, 2 Bde. 7. Aufl. Leipzig 1901.

Beseler, System des deutschen Privatrechts I. 4. Aufl.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Leipzig 1904.

Botschaft des Schweizerischen Bundesrats an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz vom 16. Juni 1871. Bundesblatt der schweizer. Eidgenossenschaft 1871 II S. 647 ff.

Bresciani, Die Eisenbahnfrage in Italien. Archiv für Eisenbahnwesen 1905 S. 1017 ff.

Carrard, Heusler, Hilty } Rechtsgutachten betr. die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzessionen, Basel 1877.

Coermann, Straßenbahnen und deutsche Reichsgesetzgebung, Eisenb.-Entsch. Bd. 11 S. 273 ff.

Curti, Untersuchungen über den Rückkaufswert der Schweizer Nord-Ost-Bahn. Zürich 1901.

Eger, Der Rechtskarakter der Straßen- und Kleinbahnkonzession, Eisenb.-Entsch. Bd. 15 S. 182 ff.

Eger, Das Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen, 2. Teil: Kommentar. Berlin 1904.

Endemann, Das Recht der Eisenbahnen. Leipzig 1886.

Fuld, Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen in der Schweiz. Eisenb.-Entsch. Bd. 18 S. 279 ff.

Gasner, Zum deutschen Straßenwesen im Mittelalter.

Haberer, Das österreichische Eisenbahnrecht. Wien 1885.

Hanke, Die Prüfung der Straßenbenutzungsverträge. Eisenb.-Entsch. Bd. 18 S. 82 ff.

Heinitz, Die Stempelpflichtigkeit der Straßenbenutzungsverträge. Eisenb.-Entsch. Bd. 18. S. 71 ff.

Häpe, Verfassung und Verwaltungsorganisation der Städte im Königreich Sachsen. Leipzig 1905.

Herold, Der Schweizer. Bund und die Eisenbahnen (Münch. Volksw. Studien). Stuttgart u. Berlin 1902.

Hilse, Verstadtlichung der Straßenbahnen. Wiesbaden 1889.

Hilse, Erwerbsrechte an Eisenbahnen. Eisenb.-Entsch. Bd. 14 S. 366 ff.

Hölzel, Wagenübereinkommen. Berlin 1900.

Koch, Deutschlands Eisenbahnen. Marburg 1860.

Laband, Gutachten betreffend die Verstaatlichung der hessischen Ludwigsbahn.

List, Über ein sächsisches Eisenbahnsystem... Leipzig 1833.

von Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung.

O. Mayer, Eisenbahn und Wegerecht (Arch. für öff. Recht Bd. 15 u. 16).

O. Mayer, Französisches Verwaltungsrecht. (Frz. Vwr.)

O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde. Leipzig 1895. (Dtsch. Vwr.)

Meili, Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten. Leipzig 1888.

G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts I. 2. Aufl.

[Blumer-] Morel, Handbuch des schweiz. Bundesstaatsrechts II, 1. 2. Aufl. Basel 1880.

von der Mosel, Handwörterbuch des sächs. Verwaltungsrechts. 2 Bde. 10 Aufl. Leipzig 1903.

Ratzel, Politische Geographie. 2. Aufl.

Reglements der Leipzig-Dresdener Eisenbahn vom April 1840.

Reindl, Die Konzessionierung der Privateisenbahnen nach bayerischem Recht, Eisenb.-Entsch. Bd. 14, S. 359 ff.

Reyscher, Die Rechte des Staats an den Eisenbahnen. Ztschr. für deutsche Rechte, Bd. 13. Tübingen 1852.

Roguin, Bericht der Minderheit der ständerätlichen Eisenbahnkommission betr. den Entwurf eines neuen Eisenbahngesetzes vom 6. November 1871. Schweiz. Bundesblatt 1871. III 864 ff.

von Rönne, Verfassung und Verordnungen des preußischen Staats VI, 4, Abt. 2.

Schelcher, Grundlagen des Eisenbahnrechts.

Schelcher, Rechtliche Natur und Wirkungen der Eisenbahnkonzession in Sachsen. Fischers Zeitschrift Bd. 20 S. 1 ff., 97 ff.

Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 3. Aufl.

Seiler, Über die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession nach schweizerischem Recht. Zürich 1888.
Trommer, Eisenbahnzeitfragen. Zürich 1902.
Vogt, Schweizerische Studien über Eisenbahnrecht. Deutsche Vierteljahrsschrift 1859, 1. Heft S. 1 ff.
Wiedemann, Die sächsischen Eisenbahnen. Leipzig 1902.
Zeller, Die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession. Eisenb.-Entsch. Bd. 11 S. 353 ff.

Archiv für Eisenbahnwesen. (Arch. f. Ebw.)
Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen. Herausgegeben von Dr. G. Eger. (Eisenb.-Entsch.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (Entsch. d. Reichsger.)
Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung. Herausgegeben von Dr. W. Schelcher. (Fischers Ztschr.)
Zeitschrift für Kleinbahnen. (Ztschr. f. Kleinb.)
Jahrbücher des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts. (Jahrb. Sächs. OVG.)

A. Die verwaltungsrechtliche Natur der Straßenbahnen.

Straßenbahnen sind Unternehmen, die den öffentlichen Personenverkehr[1]) in der Weise vermitteln, daß einzelne Wagen oder Züge regelmäßig auf Schienen unter Benutzung der öffentlichen Straßen[2]) verkehren. Zwei Gesichtspunkte sind, wie schon diese Definition erkennen läßt, für die verwaltungsrechtliche Beurteilung der Straßenbahnen wesentlich: die Straßenbahnen sind Unternehmen, die den Verkehr auf öffentlichen Straßen vermitteln; anderseits sind sie Verkehrsanstalten, welche einen Schienenweg benutzen. So treten sie einmal in die Reihe der Verkehrsunternehmen auf öffentlichen Straßen, zugleich aber gehören sie auch zu den Eisenbahnen.[3]) Beides läßt sie in eine besondere Stellung zum Staate treten, beides ist für ihre verwaltungsrechtliche Natur bestimmend.

---

[1]) Daß die öffentlichen Straßenbahnen gerade dem Personenverkehr gewidmet sind, ist zwar begrifflich nicht nötig, trifft aber tatsächlich wohl ausnahmslos zu.

Straßenbahnen, welche nicht dem öffentlichen Verkehr, sondern beispielsweise den Privatzwecken irgend eines Gewerbsunternehmens dienen, kommen auch vor; sie sollen hier unberücksichtigt bleiben, weil auf sie lediglich die allgemeinen Polizeibestimmungen Anwendung finden. Vgl. Schelcher, Fischers Ztschr. 20, 39; auch die Verordn. d. sächs. Min. d. Inn. v. 23. März 1899 daselbst 20, 156.

[2]) Diese Benutzung öffentlicher Straßen braucht nicht durchweg stattzufinden. Es kommt nicht selten vor, daß die Straßenbahnen streckenweise ihren eigenen Bahnkörper haben. Wo aber dies die Regel wird, haben wirs mit Eisenbahnen, nicht mehr mit Straßenbahnen zu tun; vgl. Hilse, Eisenb.-Entsch. 14, 367.

[3]) Wenigstens im Sinne des Verwaltungsrechts; vgl. unten § 4. In der Reichsgesetzgebung ist der Begriff „Eisenbahn" sehr schwankend:

I.

§ 1. Straßenbahnen sind öffentliche Verkehrsunternehmen.

Unter diesem Gesichtspunkt sind auch die Pferdebahnen zu beurteilen.

Die Straßenbahn ist ein Verkehrsunternehmen auf der öffentlichen Straße, eine Verkehrsanstalt. Deshalb hat auch ihr gegenüber die Staatsgewalt alle die Befugnisse, welche ihr im allgemeinen in Beziehung auf Verkehrsanstalten auf öffentlichen Straßen zukommen. Diese Befugnisse lassen sich folgendermaßen gliedern:

a) Wie jeder, der die öffentliche Straße zu seiner Fortbewegung benützt, ist auch die Straßenbahn den besonderen Einwirkungen der öffentlichen Gewalt unterworfen, welche dem Herrn der Straße im Interesse der guten Ordnung des öffentlichen Verkehres auf der Straße gegeben ist.[4])

b) Ferner ist die Straßenbahn gewissen Eingriffen der öffentlichen Gewalt deshalb ausgesetzt, weil sie der Vermittelung des öffentlichen Verkehres dient, dessen Aufrechterhaltung und Förderung den Staat angeht. Er hat darüber zu wachen, daß die Verkehrsmittel so eingerichtet sind, daß der öffentliche Verkehr nicht Gefährdungen und Störungen ausgesetzt ist.[5])

Das Strafgesetzbuch (§ 315 f.) hat nur die öffentlichen Lokomotiveisenbahnen mit eigenem Bahnkörper im Auge; maßgebend ist hier der Gesichtspunkt der Verkehrsgefährdung; vgl. Binding S. 38—41. Die Bestimmungen der Reichsverfassung in Art. 4 Ziff. 8, 41 ff. beziehen sich auf alle Haupt- und Nebeneisenbahnen und nur auf sie, nicht auf die Kleinbahnen (vgl. Coermann, Eisenb.-Entsch. 11, 278), BGB. Einf.-Ges. Art. 112 auch auf letztere. Eisenbahn im Sinne des Haftpflichtgesetzes (§ 1) ist jede Schienenbahn (vgl. Reichsger.-Entsch. 1, 247, 2, 9, 38, 13, 17), im Sinne der Gewerbeordnung (§ 6) jede öffentliche Schienenbahn, die mit motorischer Kraft betrieben wird.

[4]) Das ist Straßenpolizei im engeren Sinne; vgl. unten § 12. Entsch. des preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 21. Dez. 1903 (Arch. f. Ebw. 1905 S. 281).

[5]) Dafür zu sorgen ist Sache der Wohlfahrtspolizei; vgl. GO. § 37; auch unten § 12 und S. 44.

c) Weitere besondere Befugnisse ergeben sich endlich dem Straßenbahnunternehmen gegenüber für den Herrn der Straße als einer öffentlichen Sache daraus, daß die Straßenbahn nicht bloß sich auf der Straße bewegt, sondern auch auf die Straße selbst einwirkt, indem sie darein Schienen legt und dadurch den Bestand der Straße ändert und auch gewissen Gefahren aussetzt.[6]) Es folgt hieraus, daß grundsätzlich zu einer jeden solchen Anlage die Erlaubnis des Herrn der öffentlichen Straße nötig ist.[7])

Für den Straßenbahnunternehmer sind alle Merkmale eines Gewerbetreibenden gegeben: seine Tätigkeit ist auf Erwerb gerichtet, und er betreibt sie dauernd.[8]) Dennoch leidet nach geltendem deutschem Recht die Gewerbeordnung — vgl. § 6 — „keine Anwendung auf den Gewerbebetrieb der Eisenbahnunternehmungen", das heißt: sie sind gar keine Gewerbebetriebe im Sinne des deutschen Rechtes.[9]) Über Straßenbahnen spricht sich die Gewerbeordnung überhaupt nicht aus; dadurch ist es möglich, daß hier Uneinigkeit im deutschen Recht, wenigstens bezüglich der Pferdebahnen, herrscht. Die mit motorischer Kraft betriebenen Schienenbahnen werden zwar überall den Eisenbahnen verwaltungsrechtlich gleichgeachtet.[10]) Die Pferdebahnen aber hat Preußen bis zum Kleinbahngesetz vom 28. Juli 1892 — seither fallen sie unter dies Gesetz und sind den Eisenbahnen gleichgestellt[11]) — und Sachsen bis heute[12]) nicht als Eisenbahnen an-

[6]) Das ist nicht nur darauf zurückzuführen, daß die Straßenbahn ein Schienenweg ist; ähnliche Einwirkungen kommen z. B. auch bei den sogen. schienenlosen Straßenbahnen mit elektrischer Oberleitung vor, vgl. Fischers Ztschr. 28, 329.

[7]) Vgl. unten § 11.

[8]) So definiert z. B. das Oberlandesgericht Dresden (Fischers Ztschr. 4, 230).

[9]) Daß dies richtig, darüber vgl. unten bei Anm. 45. Reindl (Eisenb.-Entsch. 14, 359) allerdings folgert aus § 6 GO., daß für Eisenbahnunternehmen nicht Reichs- sondern Landes-Gewerberecht Platz greife.

[10]) Für Sachsen vgl. Verordn. d. Min. d. Innern v. 29. Dezember 1892 (abgedruckt im Sächs. Wochenblatt 1893 S. 32).

[11]) Vgl. Eger, Kommentar S. 13.

[12]) von Landmann, § 6 Anm. 10; von Bernewitz 1, S. 11, Anm. 7; Schelcher, Fischers Ztschr. 20, 38.

gesehen. Infolgedessen wird hier auf Pferdebahnen die Gewerbeordnung mit dem Grundsatze der Gewerbefreiheit angewandt.[13]) Aber auch wo die Straßenbahnen als Gewerbebetriebe angesehen werden, gelten die oben unter a—c aufgeführten Befugnisse ihnen gegenüber: diejenigen unter a und c verstehen sich von selbst und widersprechen nicht dem Grundsatz der Gewerbefreiheit, und für die unter b genannten gilt der Sonderrechtssatz des § 37 der Gewerbeordnung. Darin ist bestimmt, daß die öffentlichen Straßenverkehrsunternehmungen — natürlich nur soweit auf sie überhaupt die Gewerbeordnung Anwendung findet[14]) — der ortspolizeilichen Regelung unterworfen sein sollen.

II.

Die Straßenbahnen sind öffentliche Schienenwege.

Die Straßenbahnen unterscheiden sich von allen anderen Unternehmen, die den Verkehr auf öffentlichen Straßen vermitteln, dadurch, daß sie „Bahnen" sind. Als solche treten sie in enge Beziehung zum Wegewesen. Wie alle Schienenbahnen sind auch die Straßenbahnen selbst öffentliche Verkehrswege (§ 2); deshalb leidet das Recht der öffentlichen Wege (§ 3) auch auf sie Anwendung (§ 4), was für die Stellung des Staats zu den Straßenbahnen von höchster Bedeutung ist (§ 5).

1. § 2. Die Straßenbahnen sind öffentliche Wege.

Als Weg bezeichnet man ein Stück Erdoberfläche, das, vor anderen dazu geeignet und, wenn nötig, dazu hergerichtet, der Fortbewegung der Menschen und ihrer Verkehrsmittel dient.[15]) Öffentlich aber ist ein Weg, sobald er nicht nur einem bestimmten

[13]) Diese Auslegung der GO. erscheint richtig, wenn man die Anschauungen der Zeit berücksichtigt, zu der § 6 GO. entstanden ist. Damals sah niemand Pferdebahnen als Eisenbahnen an, weil man ihre Bedeutung für den öffentlichen Verkehr noch nicht kannte. Vgl. auch Eger, Eisenb.-Entsch. 15, 185.

[14]) Für die anderen Straßenbahnen versteht es sich von selbst.

[15]) Vgl. dazu Ratzel, Kap. 16.

Personenkreis zu seinen Verkehrszwecken dient, und wenn er diese seine Bestimmung von der Verwaltungsbehörde erhalten hat.[16]) Demgemäß ist der Bahnkörper samt den Geleisen ein Weg,[17]) und zwar ein öffentlicher Weg, obgleich daran kein Gemeingebrauch besteht und sich darauf regelmäßig keine anderen Fahrzeuge als welche dem Eisenbahnunternehmer gehören oder von ihm zugelassen sind[18]), bewegen dürfen.[19]) Doch ist der Schienenstrang allein zu nichts nütze; erst mit den Fahrzeugen zusammen stellt die Eisenbahn das große Verkehrsmittel dar; notwendig gehören zum Schienenwege auch die Betriebsmittel. Der gewollte Erfolg eines Eisenbahntransportes ist nicht, daß zur Zielstation der Zug befördert werde, sondern das Frachtgut oder der Reisende. Deshalb gehören die beweglichen Transportmittel zum öffentlichen Schienenwege; öffentlich, denn seine Bestimmung ist, daß jedermann, der allgemeinen Bedingungen genügt, befördert werde. In diesem Sinne ist auch der gesetzlich normierte Beförderungszwang zu verstehen.

Wie den Landstraßen die Kanäle als Wasserwege gegenüberstehen, so entspricht der Eisenbahn ein Kanal mit Schleppmonopol. Auch diesen hat man unbedenklich als öffentliche Straße zu bezeichnen.[20])

---

[16]) Dies letzte gehört fürs Verwaltungsrecht zum Begriff (vgl. Fischers Ztschr. 29, 335; 30, 154). Denn damit erst ergibt sich, daß der öffentliche Weg auch öffentlicher Verwaltung untersteht. Ob die Art der Benutzung — wie bei Reit- oder Radfahrwegen — beschränkt ist, oder ob für den Gebrauch Gebühren erhoben werden, z. B. als Straßen- oder Kanalgeld, ist für den Karakter als öffentlichen Weges unerheblich.

[17]) Der Bahnkörper ist sogar der vollendetste der Landwege, weil er dem Ideal eines möglichst geringen Reibungswiderstands am ehesten entspricht.

[18]) Entweder auf Grund Frachtvertrages (die Wagen sind Frachtgut) oder auf Grund Mietvertrages (die Wagen sind Transportmittel).

[19]) Die praktisch natürlich bei der Gefahr des Betriebes undurchführbare Ansicht, der Bahnkörper könne von jedem befahren werden, findet sich 1801 in England (vgl. Hölzel S. 28), im preußischen Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 in § 27; für Straßenbahnen auch bei Hilse (Verstadtlichung S. 78 ff.).

[20]) Das französische Verwaltungsrecht steht auf dem Standpunkt, daß die Eisenbahnen auch im rechtlichen Sinne zu den öffentlichen

Mit der Eigenschaft des Schienenweges als öffentlichen Weges verträgt es sich sogar, daß das Grundstück, das für die Bahn benutzt wird, noch anderen Zwecken gewidmet ist, sofern nur darunter die Bestimmung des Schienenweges nicht leidet.[21]) So kommt es bei fast allen Bahnkörpern vor, daß unter ihnen hindurch oder auf Brücken über sie hinweg öffentliche Wege geführt werden. Auch hier hört die Eisenbahn nicht auf, öffentlicher Weg zu sein, obgleich dasselbe Grundstück gleichzeitig noch einen anderen Weg trägt. Deshalb haben auch Hochbahnen und Schwebebahnen und anderseits die Untergrundbahnen fürs Verwaltungsrecht die Eigenschaften öffentlicher Verkehrswege.[22]) Es ist aber gar nicht einmal nötig, daß der Schienenweg auf einem selbständigen Bahnkörper ruht. Häufig kommt es vor, daß öffentliche Wege die Eisenbahn einfach in Schienenhöhe kreuzen, sodaß der Bahnkörper auch dem Fußgänger- und Fahrverkehr dient; umgekehrt, wenn auch selten, benutzt die öffentliche Eisenbahn für ihre Zwecke eine öffentliche Straße oder einen öffentlichen Platz.[23]) Hier hat die Eisenbahn als der wichtigste Verkehrsweg den Vorrang, im übrigen aber bleibt das Areal öffentliche Fahrstraße.[24]) Die beiden verschiedenen Wege fallen zusammen. Und so ist es schließlich auch bei den Straßenbahnen: Die Geleise sind zwar Teil der Fahrstraße geworden, stellen aber gleichwohl auch für sich einen Verkehrsweg dar. Auch die Straßenbahnen gehören zu den öffentlichen Wegen.[25])

Wegen gehören (vgl. O. Mayer, Frz. Vwr. S. 227 ff.; Archiv für öff. Recht 16, 77). Ebenso Vogt. Vgl. auch unten Anm. 37.

[21]) Notwendig zum Begriffe der Eisenbahn in Sinne des Verwaltungsrechtes ist nur eine besondere Fahrbahn, ein festes Geleise: vgl. Entsch. des Reichsversicherungsamtes vom 8. Oktober 1904 in Fischers Ztschr. 28, 329.

[22]) Vgl. Eger, Kommentar S. 7.

[23]) So früher in Dresden-Neustadt zwischen Elbbrücke und Bahnhof, ferner in Hamburg zwischen Hannoverschem und Klostertorbahnhof.

[24]) Vgl. O. Mayer, Arch. f. öff. Recht 15, 516; auch die Entsch. des Preuß. Min. d. öffentl. Arbeiten v. 30. Dez. 1901 (Fischers Ztschr. 24, 208).

[25]) Interessant in diesem Punkte ist die Besprechung: „Shall New-York own its subways?“ in der Zeitschrift „Outlook“ 79, 15 S 924.

Für die verwaltungsrechtliche Beurteilung der Straßenbahnen wie der Eisenbahnen ist gerade diese Tatsache, daß sie öffentliche Wege sind, von der größten Bedeutung. Beruht doch darauf einzig und allein die „Konzessionspflicht" solcher Bahnen.

2. § 3. Die rechtliche Stellung des Staats zu den öffentlichen Wegen, insbesondere zu den Schienenwegen. — Sie sind Gegenstand der Staatsverwaltung.

Der Grundsatz, daß die Fürsorge für die öffentlichen Verkehrswege in den Geschäftskreis staatlicher Tätigkeit gehört, galt im Polizeistaat des 18. Jahrhunderts überall und ist von da auch in unsere modernen Staaten übergegangen. Diese Pflicht der Wegebeschaffung ist eine ganz allgemeine und beruht weder auf Gesetz noch auf Verfassung. Vielmehr folgt sie begrifflich aus dem Wesen des modernen Staates und ist nur historisch begründet.[26])

Aus dem Corp. Jur. Civ.[27]) erfahren wir, daß der römische Staat seinen öffentlichen Wegen Rechtsschutz angedeihen ließ, doch ist nichts davon gesagt, daß sich die Staatsgewalt auch berufen gefühlt hätte, für die Anlage von Wegen im Interesse des allgemeinen Verkehrs zu sorgen. Die großen Straßen, für deren Bau das römische Weltreich berühmt geworden ist, dienen alle vorwiegend militärischen Interessen. In den germanischen Ländern ist in der ersten Zeit natürlich erst recht nichts von Fürsorge für öffentliche Wege zu bemerken. Soweit es überhaupt Wege gab, stammten sie noch aus der Römerzeit oder aber waren sie von

[26]) Die Aufgabe des Staats, für die öffentlichen Verkehrswege zu sorgen, hat sich allmählich mit dem Gedanken des modernen Staats entwickelt.

Weil häufig in der Literatur das Eisenbahn„hoheitsrecht" des Staates, das er ja auch den Straßenbahnen gegenüber hat, aus dem Wegeregal hergeleitet worden ist (vgl. unten S. 16), ist es nötig, auf die geschichtliche Entwickelung des Wegerechtes kurz einzugehen und vor allem die wesentlichen Unterschiede von mittelalterlichem und modernem Wegerecht zu betonen.

[27]) Dig. 43, 7 und 43, 8.

der Markgenossenschaft als Teil der Allmende errichtet.[28]) Wesentlich mehr Beachtung erfuhr der Wegebau, als es üblich wurde, daß zunächst der König, dann aber auch die von ihm damit Beliehenen und schließlich jeder Grundherr das Recht in Anspruch nahm, für die Benutzung der Wege ein Entgelt zu verlangen.[29]) Durch diese Wegegelder, die schon im frühen Mittelalter üblich und keineswegs bescheiden waren, wurde es einträglich, Herr öffentlicher Wege zu sein und es wurden nicht wenige Wege angelegt. Damit trat die Staatsgewalt in Beziehung zu dem öffentlichen Wegewesen. Auf die Qualität der Wege kam es dabei natürlich gar nicht an. Höchstens besserte man den Weg deshalb, weil man hoffte, dadurch einen größeren Verkehr und höhere Einnahmen zu erzielen. Denn nach mittelalterlicher Auffassung berechtigt das Wegeregal seinen Inhaber, aus den öffentlichen Wegen möglichst hohe Einnahmen zu erzielen. In diesem Sinne wird das Regal ein Hoheitsrecht des Kaisers und seit dem 13. Jahrhundert der Landesherren genannt.[30]) Es ist übertragbar auf einen Dritten, der dann ein Privileg hat. Diese Auffassung von der Stellung des Staats zum öffentlichen Straßenbau war durchs ganze Mittelalter herrschend und von nicht geringem Einfluß auf die gesamte wirtschaftliche Entwickelung Deutschlands.[31]) Allerdings darf darüber nicht übersehen werden, daß besonders starke und weitblickende Herrscher schon frühzeitig erkannt haben, daß ein gutes Netz freier öffentlicher Wege unerläßlich für die kulturelle Blüte eines Landes ist, und daß darum die Sorge für die öffentlichen

[28]) Vgl. Gasner S. 24 ff.

[29]) Dies Recht auf Wegegelder dürfte in Deutschland eine Folge der Anschauung sein, daß der Gebietsherr, zunächst der König, Eigentümer seines Landes ist. Schröder (S. 206 Anm. 36) sagt: Das Straßenregal des Mittelalters ist eine Konsequenz des fränkischen Bodenregals. Auch Einfluß römischer Verhältnisse ist hier gar nicht ausgeschlossen. Vgl. dazu auch Gasner S. 30.

[30]) libri feudorum II 56: Regalia sunt haec . . . viae publicae. Wesen des Wegeregales ist nicht sowohl das Recht, Wege zu haben, als vielmehr die Befugnis Wegezölle zu erheben.

[31]) Denn ihre Folge waren ganz bedeutende Hemmungen und Erschwerungen des Verkehres.

Wege als wichtiges Glied in den Kreis der Staatsaufgaben gehört, und daß es kurzsichtige Politik ist, die öffentlichen Straßen dem Egoismus der Grundherren preiszugeben. Das hat Karl der Große betont, wir finden dieselben Gedanken wieder bei Friedrich Barbarossa und bei Friedrich II, und im 16. Jahrhundert beginnen die Fürsten dies schon häufiger einzusehen.[32]) Allein der dreißigjährige Krieg hat auch die öffentlichen Wege nicht verschont; sie sind zu seiner Zeit in einem schlimmeren Zustand als je zuvor. Mit dem Westfälischen Frieden kamen aber alsbald moderne Ideen.[33]) Der Polizeistaat hat die Staatspflicht, Wege zu bauen, in ihrer vollen Bedeutung erkannt und sie nach Kräften erfüllt. Dabei haben vor allem merkantilistische Grundsätze ihren guten Einfluß geltend gemacht. Für den modernen Staat — denn er hat in diesen Dingen lediglich das Erbe des Polizeistaats angetreten — besteht deshalb da, wo für die Staatsgewalt des Mittelalters umfassende Vermögensrechte bestanden, nur noch eine große Aufgabe: wo es nötig ist, Verkehrswege anzulegen und für alle öffentlichen Wege zu sorgen.

3. § 4. Auch das Straßenbahnwesen ist ein Stück öffentlicher Verwaltung, und die Straßenbahnen sind Gegenstand des öffentlich rechtlichen Eigentums.

Da die Straßenbahnen, wie alle Eisenbahnen, öffentliche Wege sind (dargelegt in § 2) und für sie kein Ausnahmerechtssatz in dieser Beziehung besteht, gehören nach dem (in § 3) Gesagten auch ihre Anlage und ihr Betrieb[34]) in den Kreis der Aufgaben des

[32]) Vgl. Gasner, S. 31, 33, 45 f., 63; auch Bär, S. 301 ff.

[33]) Vgl. Bär S. 309. ff.

[34]) Gegenstand der Staatsverwaltung ist zwar zunächst nur die Fürsorge für die öffentlichen Verkehrswege, während gegenüber den Verkehrsmitteln und dem Straßenverkehr selbst der Staatsgewalt nur allgemeine Befugnisse polizeilicher Natur zustehen. Wo aber, wie bei den Schienenwegen, Weg und Betrieb untrennbar zusammengehören, da müssen die umfassenderen Befugnisse, die dem Staat als Herrn seiner Wege zustehen, auch auf den Betrieb ausgedehnt werden. Deshalb ist die öffentliche Schienenbahn als ganzes Gegenstand der öffentlichen Verwaltung.

heutigen Staates; sie bilden ein Stück der öffentlichen Verwaltung.

Nur wenn man so aufs Wegerecht[35]) zurückgreift, lassen sich die — praktisch fast allgemein anerkannten — bedeutenden Befugnisse der Staatsgewalt den Eisenbahnen und Straßenbahnen gegenüber erklären. In der Literatur werden sie gewöhnlich unter dem Namen „Hoheitsrecht" zusammengefaßt. Damit wird zwar ganz richtig der Zusammenhang von Eisenbahn und Staatsverwaltung betont; aber wo die Bezeichnung „Hoheitsrecht" sich findet, überall sucht man vergeblich nach einer befriedigenden

---

[35]) Gerade die erste Zeit erkennt in den Eisenbahnen oft den Karakter der öffentlichen Straßen; vgl. oben Anm. 19; die Eisenbahn wird als „Straße" bezeichnet z. B. von Reyscher (S. 278 ff.), Koch, 1, 3,160, v. Rönne S. 2, Roguin S. 866, 874; ferner in dem Konzessionsgesuch der Nürnberg-Fürther Eisenbahn (unter Ziff. 3; vgl. O. Mayer, Disch. Vwr. II, 302), im belgischen Gesetz vom 1. Mai 1834, im sächsischen Landtage 1840 (Wiedemann S. 19) und in der bayerischen Verordnung vom 20. Juni 1855 (Reindl S. 360). Meist ist allerdings die Bezeichnung als Straße nur wirtschaftlich gemeint. Daß man deshalb die Schienenwege nach Wegerecht zu behandeln hätte, wird seltener — z. B. von Vogt S. 26—28 — ausgesprochen. Und hier ist manchmal ein Fehler untergelaufen, der die verwaltungsrechtliche Beurteilung der Eisenbahn auf eine falsche Bahn gelenkt hat: man hat geglaubt — vgl. besonders Koch S. 3 f., Reyscher S. 278, 282 — bei der Eisenbahn- und ihrem Vorbild, der Straßenbaukonzession, spiele das alte Wegeregal eine wesentliche Rolle. Äußerlich hat ja die Konzessionierung von Eisenbahnen mit der mittelalterlichen Verleihung von Straßenprivilegien viel Ähnlichkeit, zumal wenn man die Sachlage vom Standpunkte des beliehenen Unternehmers aus betrachtet. Ihm entstehen in beiden Fällen vermögensrechtliche Werte, und er sucht die ihm verliehene Rechtsstellung soweit als möglich zu seinem wirtschaftlichen Vorteil auszunutzen. Aber schon die Grenzen, die dabei dem Beliehenen gesteckt sind, sind verschieden: die Schranke für den Egoismus des mittelalterlichen Straßenherrn lag darin, daß seine Wege, wenn er sie gar zu sehr vernachlässigte oder gar zu freche Zölle erhob, vom Verkehr gemieden wurden und ihm so die Einnahmen entgingen. Für den modernen Straßen- und Eisenbahnkonzessionär dagegen liegt die Schranke für seine Willkür in der Staatsgewalt, die darüber wacht, daß der öffentliche Verkehrsweg seine Zwecke erfülle, Handel und Verkehr nach Möglichkeit zu fördern.

Lösung der Frage, woher denn dem Staate dies Hoheitsrecht[36]) komme.[37]) Daß es ihm zusteht, bleibt meist eine bloße Behauptung. Denn die Beweisgründe, die überhaupt dafür vorgebracht werden, sind nicht stichhaltig:

a) Ein Eisenbahnhoheitsrecht als solches aus der Bedeutung der Eisenbahnen herzuleiten,[38]) ist nicht möglich. Denn nimmt man an, daß dem Staate die Fürsorge für die großen und für seine Existenz so wichtigen Verkehrsanstalten vorbehalten sein sollte, so ergibt sich notwendig, daß nicht allein die Eisenbahnen, sondern auch andere große Verkehrsanstalten staatlicher Verleihung bedürfen; Dampfschiffahrts- und Omnibusgesellschaften, Unternehmen, welche mit Kraftwagen den Verkehr vermitteln,[39]) am Ende auch ein großes Dienstmannsinstitut, müßten konzessionspflichtig — in anderem Sinne als die fälschlich als Konzession bezeichneten Akte der Polizei gemäß der Gewerbeordnung[40]) —

---

[36]) Vgl. z. B. Haberer S. 4; Entsch. d. Reichsger. vom 12. Oktober 1904 in Fischers Ztschr. 29, 191, Ztschr. f. Kleinb. 1905, 381.

[37]) Wenigstens in der deutschen Literatur. Das französische Verwaltungsrecht zeigt schon lange das Richtige, indem die Schienenwege als Teile der grande voirie angesehen werden (Gesetz v. 15. Juli 1845); vgl. O. Mayer, Frz. Vwr. 227 ff. Da wir Deutsche im Polizeistaat französische Einrichtungen und die französische Staatsorganisation übernommen haben, ist in vielen Punkten, so auch hier, was im französischen Verwaltungsrecht gilt, bei uns Rechtens, wenn auch keine förmliche Rezeption französischen öffentlichen Rechtes stattgefunden hat.

[38]) Schelcher (Fischers Ztschr. 20, 29) spricht von „Kulturzweck", Seiler S. 9 von der Bedeutung für den Staat und seine Wirtschaft; Haberer S. 1 sagt: „Das Kommunikationswesen bildet ein Regal", ähnlich auch G. Meyer S. 509. Vgl. dazu O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 300 Anm. 7.

[39]) Die sächsische Verordnung vom 3. April 1901 bestimmt in § 2, daß „der gewerbsmäßige Betrieb von Kraftfahrzeugen für den öffentlichen Verkehr von Personen und von Gütern besonderer Genehmigung der Ministerien des Innern und der Finanzen bedarf". Damit kann keine Verleihung wie bei Straßenbahnen gemeint sein, obgleich das Finanzministerium dabei beteiligt ist. Mit Rücksicht auf die Gewerbefreiheit, die reichsrechtlich gewährleistet ist, hat diese Vorschrift nur die Kraft eines Vorbehalts polizeilicher Erlaubnis.

[40]) Vgl. schon Reyscher S. 288. Der Unterschied wird vom Schweizer Bund (Bundesbl. 1871 II S. 655) und von Seiler (S. 34) verkannt.

sein. Daran ist aber ohne besondere Gesetzesvorschrift nicht zu denken.[41])

b) Ebensowenig läßt sich ein Hoheitsrecht des Staats auf die Tatsache gründen, daß die Eisenbahnen ein faktisches Monopol besitzen.[42]) Ein solches hat auch die Firma Krupp in Essen bezüglich der Herstellung von Kanonen und Panzerplatten.

c) Endlich kommt man aber dem Wesen des Hoheitsrechtes auch nicht näher, wenn man betont, daß die Eisenbahn ein gefährlicher Betrieb sei.[43]) Das würde immer nur polizeiliche Maßnahmen und Eingriffe des Staates rechtfertigen. Und doch ist klar, daß das Hoheitsrecht, das die Staaten für sich in Anspruch nehmen, sich nicht darauf beschränkt, Störungen der guten Ordnung zu beseitigen.[44]) Auch ist, wäre diese Begründung richtig, nicht einzusehen, warum die Eisenbahnen gegenüber Kraftfahrzeugen und anderen Verkehrsmitteln, bei denen nachgewiesenermaßen das Publikum noch weniger sicher ist als auf der Eisenbahn, privilegiert werden sollten.

Das Eisenbahnhoheitsrecht des Staats wird nur im Zusammenhang mit dem Wegerecht verständlich.

Damit, daß im Wegerecht heutzutage der Gesichtspunkt der öffentlichen Verwaltung in den Vordergrund gerückt ist, ist keineswegs ausgeschlossen, daß ein Weg dem Wegeherrn Erträge liefert, auch nicht, daß dieser — wenn es Staat oder Gemeinde ist, zu gunsten der Steuerzahler, also im gewissen Sinne auch in öffentlichem Interesse — darauf bedacht ist, solche Erträge zu erzielen. Es folgt daraus nur, daß der finanzielle Gesichtspunkt heute nicht mehr der erste oder gar der einzige sein darf, sondern hinter den

[41]) Koch S. 3: „Es gibt kein allgemeines Transportregal."

[42]) Seiler S. 9, Carrard S. 7.

[43]) Vgl. z. B. Seiler S. 9, Coermann S. 274, Schelcher (Fischers Ztschr. 20, 84); auch Entsch. des Reichsger. v. 12. Okt. 1904 (Fischers Ztschr. 29, 191).

[44]) „Hoheitsrecht", das heißt: der Staat ist Herr, nicht nur Beschützer seiner Straßen.

Interessen des öffentlichen Verkehrs zurückzutreten hat. Bestand das Straßenregal des Mittelalters zunächst in dem Recht, Wegeabgaben zu erheben, so ist, Straßen und Schienenwege anzulegen und für den Verkehr offen zu halten, heute zunächst für den Staat eine Aufgabe, deren Erfüllung allerdings auch mit Vorteilen finanzieller Art verbunden sein kann. Die Eisenbahn und ebenso die Straßenbahn ist kein fiskalischer Gewerbebetrieb,[45]) sondern sie ist ein Stück öffentlicher Verwaltung.[46]) Damit ist keineswegs gesagt, daß die Pflichten des Bahnunternehmers größer sein müßten als die Rechte, die ihm aus dem Unternehmen zustehen. Für den beliehenen Unternehmer sind sogar in jedem Falle die Rechte die Hauptsache. Nur darf man nicht diese Vermögensrechte — so wichtig sie als Motive für den Unternehmer sein mögen — auch fürs öffentliche Recht als die Hauptsache hinstellen. Vielmehr ist für die öffentlich-rechtliche Beurteilung das Wesentliche, wie sich zu einer Frage der Staat als Vertreter der allgemeinen Interessen seiner Untertanen stellt. Vom Standpunkte des Staats aber betrachtet, kommt es bei einem Schienenweg in erster Linie darauf an, daß die staatliche Wegebaupflicht gehörig erfüllt werde.[47])

Daraus, daß die Anlage eines Schienenwegs und die Vermittelung des Verkehrs auf ihm sich als öffentliche Verwaltung darstellt und daß der Schienenweg nicht nur Mittel, sondern selbst Gegenstand dieser öffentlichen Verwaltung ist, sie geradezu „ver-

[45]) Reyscher S. 278 und Koch S. 3 bezeichnen die Eisenbahn als ein „der Post analoges Gewerbe"; als Gewerbe sehen die Eisenbahn ferner an Seiler S. 26, Laband S. 4, Zeller S. 353 f. und das Reichsgericht [Entsch. 8, 151 (30. Dez. 1883), 23, 223 (31. Jan. 1889), 42, 235 (20. Oktober 1898), Fischers Ztschr. 29, 126 (22. Sept. 1904)]. Vgl. auch dazu Vogt S. 34.

[46]) Treffend Morel S. 73: „Die Konzession geschieht nicht zu dem Zwecke, dem Bewerber ein Privatgeschäft zu begründen, sondern um ihm die Vermittelung des öffentlichen Verkehrs zu übertragen." Ähnlich auch Vogt S. 28. Vgl. Entsch. d. Sächs. OVG. vom 25. Jan. 1902 (Jahrb. 2, 60).

[47]) Das zeigt jede Konzessionsurkunde, worin fast nur von Bedingungen und Unternehmerpflichten die Rede ist.

körpert", folgt, daß er wie jeder öffentliche Weg eine öffentliche Sache ist.[48]) Wie an allen öffentlichen Sachen besteht daher auch an der Eisenbahn und an der Straßenbahn öffentlich-rechtliches Eigentum oder öffentlich-rechtlicher Besitz.[49]) Damit werden umfassende Machtbefugnisse des Staats bezeichnet: Soweit die öffentliche Sache den Zwecken der öffentlichen Verwaltung dient, ist sie extra commercium, jeder Einwirkung irgend eines anderen Herrn als der öffentlichen Verwaltungsbehörde entzogen. Diese hat die volle Verfügung über die Sache — das ist besonders wichtig für die rechtliche Beurteilung der Verleihung — und anderseits ist sie berufen, der öffentlichen Sache Schutz angedeihen zu lassen.[50])

Gegenstand des öffentlich-rechtlichen Eigentums oder Besitzes ist der öffentliche Weg, also bei Schienenbahnen, soweit ein eigener Bahnkörper vorhanden ist, dieser samt den Geleisen, welche, weil fest mit dem Grundstück verbunden, dessen Bestandteile sind.[51]) Benützt aber die Straßenbahn, was ja die Regel ist, eine öffentliche Straße als Bahnkörper, so besteht schon von vornherein öffentlich-rechtliches Eigentum an der Straße. Die Schienen und ebenso die Masten für die Stromzuleitung elektrischer Bahnen, auch der Bahnkörper einer Hochbahn, werden

---

[48]) Vgl. O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 71 ff., Arch. f. öff. Recht 16, 67 ff. Entsch. des Sächs. OVG. v. 15. Juni 1904 (Jahrb. 6, 60): Der Bahnkörper ist Land, welches, indem es dem öffentlichen Verkehr unmittelbar gewidmet ist, gewissermaßen in sich selbst ein Stück öffentlicher Verwaltung verkörpert und deshalb, solange es diesem Zwecke dient, dem privatwirtschaftlichen Rechtsverkehr überhaupt entzogen ist.

[49]) Vgl. O. Mayer, Dtsch. Vwr. II. 60 ff., 186; unten Anm. 144.

[50]) Daraus folgt das sogenannte Aufsichtsrecht des Staates (unten § 8); vgl. Schelcher, Grdl. d. Ebr. S. 21.

Der Gedanke an ein öffentlich rechtliches Eigentum scheint schon Reyscher (S. 280) vorzuschweben, der von einem „Obereigentum im weiteren Sinne mit dem Charakter eines öffentlichen Rechtes" spricht. Die Privilegierung der Zwangsvollstreckung gegenüber betonen: O. Mayer, Eisenb. und Wegerecht, Arch. f. öff. R. Bd. 15 u. 16; Fuld S. 282, Hölzel S. 105.

[51]) Fest mit dem Bahndamm verbunden sind auch solche Schienen, die nur auf Schotter und Schwellen ruhen. (BGB. § 94.)

nicht Bestandteile der Straße, in die sie eingebaut sind, wenn diese einem anderen als dem Straßenbahnunternehmer gehört. Denn sie sind in Ausübung eines Rechtes an dem Grundstück, einer öffentlich-rechtlichen Servitut,[52]) mit der Straße verbunden. Das öffentlich-rechtliche Eigentum, das bezüglich der Straße besteht, erstreckt sich also nicht auf sie. Da aber auch Schienen und ähnliche Anlagen in gleicher Weise wie der selbständige Bahnkörper, unmittelbar öffentlicher Verwaltung dienen, besteht auch an ihnen öffentlich-rechtliches Eigentum.[53]) Auch bezüglich der Fahrzeuge bestehen für den Bahnunternehmer gewisse Verfügungsbeschränkungen, die dem öffentlich-rechtlichen Eigentum verwandt sind. Er kann nicht befugt sein, wenn es ihm paßt, plötzlich den größten Teil seiner Betriebsmittel zu veräußern, sodaß der weitere Betrieb unmöglich wird. Wirtschaftlich und öffentlich-rechtlich betrachtet sind die Fahrzeuge Bestandteile des öffentlichen Weges.[54])

4. § 5. Privatpersonen können Straßenbahnen nur betreiben auf Grund einer Übertragung (Konzession, Verleihung) seitens des Staates.

Daraus, daß der Schienenweg eine öffentliche Sache und das Straßenbahnwesen Gegenstand staatlicher Verwaltung ist, folgt noch keineswegs, daß der Staat in allen Fällen diese Verwaltung selbst führen müßte. Das Nächstliegende ist es ja allerdings, daß die öffentliche Verwaltung von der staatlichen Verwaltungsbehörde

[52]) Vgl. O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 165. BGB. § 95 unten S. 47.

[53]) Das entspricht dem öffentlich-rechtlichen Eigentum, das an Telegraphenleitungen besteht. Es sind dies Fälle von öffentlichem Eigentum an beweglichen Sachen. Vgl. dazu Entsch. d. Preuß. Ob. Verw. Ger. v. 2. März 1903 (Arch. f. Ebw. 1904 S. 751) auch Schelcher, Fischers Ztschr. 20, 133, O. Mayer, Arch. f. öff. R. 16, 83, Handwörterb. d. Staatsw. 3, 515; dagegen Laband S. 13.

[54]) In ähnlicher Weise stehen z. B. die Maschinen, die dem Betrieb einer Drehbrücke dienen, auch wenn sie selbst bewegliche Sachen sind, in öffentlich-rechtlichem Eigentum. Denn könnte über sie frei verfügt werden, so stünde der Verkehr entweder auf der Brücke oder auf dem Wasserwege in Gefahr.

geführt wird. Doch kann diese Verwaltung auch einem Selbstverwaltungskörper zustehen.[55]) Es ergibt sich weder aus dem Wesen der Eisenbahn- und Straßenbahnverwaltung, daß sie vom Staate selbst bis ins einzelne ausgeübt werden müßte,[56]) noch ist durch Verfassung oder Gesetz dem Staate das Eisenbahnwesen zu eigener und ausschließlicher Verwaltung zugewiesen. Deshalb ist es wohl möglich, daß die staatlichen Geschäfte auf diesem Gebiete auch an Privatpersonen übertragen werden. Je mehr die Verwaltung eines Schienenweges sich mit einem rein geschäftsmäßigen Betrieb verträgt und je weniger allgemeine, auch staatliche, Interessen dabei in Gefahr sind, dem Unternehmeregoismus zum Opfer zu fallen; je größer aber — und das ist sehr wesentlich ausschlaggebend — anderseits das mit dem Bahnunternehmen verbundene Risiko ist, um so eher wird die Verwaltungsbehörde sich veranlaßt sehen können, dieses Risiko von sich auf den Unternehmer abzuwälzen, indem sie ihm den Bahnbetrieb zur Bewirtschaftung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung überträgt. Das liegt besonders bei Straßenbahnen nahe, weil hier die öffentlichen Interessen verhältnismäßig[57]) gering sind, und oft nicht sowohl das allgemeine Bedürfnis nach einem neuen Verkehrsweg als vielmehr der Unternehmergeist die Straßenbahn ins Leben ruft.[58]) Unter allen Umständen aber folgt aus der Natur der Straßenbahn als

[55]) Aber nur, wenn ihm dies Stück Verwaltung ausdrücklich durch Gesetz oder Verwaltungsakt (unten § 6) zugewiesen ist. Das wird sich gerade bei Straßenbahnen sehr empfehlen, weil die Gemeinden in der Regel die örtlichen Bedürfnisse besser übersehen können als der Staat. Die mit dem Unternehmen beliehene Gemeinde steht dem Staat gegenüber nicht anders als eine Privatperson da, nicht gleichberechtigt, sondern dem Staate untergeordnet und von ihm abhängig.

[56]) Wie etwa bei der Heeresverwaltung.

[57]) Im Vergleich mit den großen, interlokalem und internationalem Verkehr dienenden Schienenwegen.

[58]) Auch wenn die Anlage nicht im öffentlichen Interesse erfolgt und wenn kein dringendes Bedürfnis besteht, daß der Weg geschaffen werde, wird doch, sobald ein neuer Schienenweg besteht, die Allgemeinheit davon berührt: jeder öffentliche Weg als solcher ist Gegenstand öffentlicher Verwaltung, ohne Rücksicht auf seine Bedeutung.

Gegenstandes der öffentlichen Verwaltung, daß nur dem Staat die Entscheidung darüber zustehen kann, ob er diese Verwaltung — was zunächst in Betracht kommt — selbst führen, oder ob er sie Privaten überlassen will. Zu letzterem bedarf es einer besonderen Verfügung der Staatsgewalt. In allen Fällen solcher Übertragung der Verwaltung aber muß dem Staat mindestens soviel Macht bleiben, daß der Privatunternehmer die ihm überlassenen Geschäfte nicht zum Schaden der Allgemeinheit führen kann. Hierin gerade liegt eine wesentliche Folge des öffentlich-rechtlichen Eigentums, daß der Staat sich des Rechtes, Einspruch zu erheben und Abhilfe zu schaffen, wenn öffentliche Interessen bezüglich der öffentlichen Sache in Gefahr sind, nicht begeben kann. Der Herr seiner öffentlichen Wege muß der Staat nach wie vor bleiben.

Jene Verfügung, durch die der Eisenbahn- oder Straßenbahn-Bau und -Betrieb an eine Privatperson übertragen, ihr „verliehen" wird, ist die sogenannte „Konzession". Deren rechtliche Natur ist viel umstritten; und wie man sie rechtlich beurteilt, ist von höchster Bedeutung für die Rechtsstellung des Unternehmers.

B. Die rechtliche Stellung des beliehenen Straßenbahnunternehmers.

I.
Zum Staat.

1. § 6. Die Rechtsnatur und die Folgen der Konzession.

Es ist einleuchtend, daß die Ansichten über die Rechtsnatur der Straßenbahn- und Eisenbahnkonzession unmittelbar davon abhängen, wie man das Verhältnis des Staats zu den öffentlichem Verkehr gewidmeten Schienenwegen ansieht. Wer dem Staat an den Schienenwegen ein Regal zuerkennt und wer die Bahnen als rein gewerbliche Unternehmungen betrachtet, der muß die rechtliche

Beurteilung der Verleihung des Schienenwegs an Private auch auf dem Boden des Zivilrechtes aufbauen.[59]) Das tun mit Vorliebe Eisenbahngesellschaften,[60]) wohl weil sie glauben, auf diese Weise am meisten Rechte für sich in Anspruch nehmen zu können. Die Konzession wird oft als privatrechtlicher Vertrag[61]) hingestellt, an den der Staat in gleicher Weise wie der Unternehmer gebunden sei, und den nur beider übereinstimmender Wille ändern könne. Der Staat ist demgegenüber von vornherein, sobald die Eisenbahnen aufkamen, davon ausgegangen und dafür eingetreten,[62]) daß das Eisenbahnwesen seiner Fürsorge vorbehalten sein solle, und hat auch dementsprechend den Akt der Konzession beurteilt: er soll dem öffentlichen Recht angehören, Ausfluß eines staatlichen „Hoheitsrechts" sein. Das ist auch für die Straßenbahnen, wie oben dargelegt, die allein richtige Auffassung, die denn auch heute praktisch allgemein durchgeführt ist.[63]) Es heißt das Wesen und die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung völlig verkennen, wenn man in dem Akt, durch den der Staat eine Privatperson einem Schienenwege gegenüber an seine Stelle treten läßt, ein zivilistisches Rechtsgeschäft erblickt.

---

[59]) Darauf, daß man die Bahnen als gewerbliche Unternehmen ansieht, beruhen schließlich die meisten der falschen zivilrechtlichen Anschauungen; vgl. oben Anm. 45, auch unten Anm. 143.

[60]) So z. B. in den Schweizer Konflikten zwischen Bund und Eisenbahngesellschaften und gelegentlich der Verstaatlichung der Hessischen Ludwigsbahn. Auch aus Hilses Buch (Verstadtlichung . . .) ist das Bestreben zu erkennen, nach Möglichkeit auf dem Boden des Zivilrechts und der Zivilrechte zu bleiben.

[61]) Rüttimann (Seiler S. 16) läßt den Staat als Fiskus einen Vertrag schließen, durch Offerte und deren Annahme. Ebenso sprechen von „Verträgen" des Zivilrechts Roguin (S. 871), Carrard (S. 8), Hilty (S. 15), Seiler (S. 27). Das Memorial der schweizerischen Eisenbahngesellschaften an den Bundesrat (Bundesblatt 1871 II, 651) behauptet sogar, eine Änderung der Gesetzgebung sei unzulässig, soweit dadurch der Konzessionsvertrag berührt werde (!).

[62]) Vgl. für Sachsen Wiedemann S. 17; Fischers Ztschr. 25, 180.

[63]) Über sächsische Straßenbahnen vgl. z. B. die Verordnung vom 12. Dez. 1904, abgedruckt im Leipz. Tagebl. 1905 Nr. 52. Vgl. auch die Entsch. des Reichsgerichts vom 12. Oktober 1904 in der Zeitschr. für Kleinbahnen 1905, 381.

Die Sorge für die Schienenwege gehört zu den Aufgaben des Staates. Staatsgeschäfte aber zu erledigen, ist Sache der Staatsverwaltung. Deshalb ist alles, was zu jener Fürsorge für die Schienenwege gehört, Teil der öffentlichen Verwaltung, so auch insbesondere die Überlassung eines Bahnunternehmens an eine Privatperson. Dadurch aber, daß ein Schienenweg an Stelle des Staats einen privaten Unternehmer zum Herrn hat, hört er nicht auf, Gegenstand öffentlichen Interesses und öffentlicher Verwaltung, eine öffentliche Sache, zu sein. Es ist nur ein Wechsel in der Person dessen eingetreten, der die öffentliche Verwaltung besorgt.[64]) Insoweit der Unternehmer diese öffentliche Verwaltung führt, tut er das immer in einer gewissen Abhängigkeit vom Staate: er handelt zwar in eigenem Namen und auf eigene Rechnung; aber er hat seine Rechtsstellung nicht selbständig, sondern leitet sie vom Staate ab. Damit hängt auch zusammen, daß der Konzessionär nicht frei über seine Rechte verfügen kann, daß er sie insbesondere nicht ohne den Willen des Staats einem anderen übertragen kann.[65])

Die Konzession ist demnach ihrem Inhalte nach Übertragung der staatlichen Verwaltung eines Schienenwegs an den Unternehmer; dessen Beleihung mit öffentlicher Verwaltung.[66])

---

[64]) Ähnlich schon G. Vogt, S. 28: Aller Eisenbahnbau ist Bau von Staatswegen; bei Privatbahnen handelt der Staat durch seine Privatdelegierten, die er durch die Konzession an seine Stelle setzt. Vgl. auch Haberer S. 6, Seiler S. 9, O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 63 und die Entsch. des Oberlandesger. Stuttgart vom 26. Januar 1903 (Fischers Zeitschr. 26, 130).

[65]) Schweizer Bundesrat (Bundesbl. 1871 II, 671); sächs. Regierung bezüglich der böhmischen Eisenbahn (Wiedemann S. 7); Koch S. 160, O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 313, Hilse (Eisenb. Entsch. 14, 368), Eger, Komm. S. 35, Eisenb.-Entsch. 15, 182, Schelcher (Fischers Ztschr. 20, 132).

[66]) O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 296: „Durch Verleihung Ausstattung mit der Fähigkeit zu öffentlicher Verwaltung." Vgl. auch Schelcher, Fischers Ztschr. 20, 35, Erklärung der sächs. Regierung in der 2. Kammer vom 29. April 1898 (Druckf. 1898 Nr. 280), Eger, Eisenb.-Entsch. 15, 187. An Ähnliches denkt wohl auch Seiler (S. 9), der von der „Erfüllung einer staatlichen Pflicht" spricht, wenn er auch

Es hat dies Rechtsinstitut eine Parallele einerseits in der Führung staatlicher Verwaltungsgeschäfte durch die Selbstverwaltungskörper,[67]) anderseits aber ist es auch nahe verwandt dem Staatsdienstverhältnis. Gemeinsam ist der Anstellung im Staatsdienst wie der Verleihung, daß dabei öffentliche Verwaltung zur Ausübung für den Staat zugewiesen wird. Der Unterschied liegt darin, daß der Beamte im Namen und auf Rechnung des Staates wirkt, der Konzessionär aber die ihm zugewiesenen Staatsgeschäfte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ausführt. Dem Staatsdiener entsteht durch seine Anstellung eine Dienstpflicht; ganz entsprechend werden durch die Konzession dem Unternehmer Pflichten der staatlichen Verwaltung übertragen. Einseitig aber einer Privatperson solche Pflichten aufzubürden, steht dem Staat nicht zu; das wäre ein Übergriff der Staatsgewalt. Wie zur Entstehung des Staatsdienstverhältnisses, bedarf es vielmehr auch zur Wirksamkeit einer Konzession, die Pflichten auferlegt, der Zustimmung dessen, der diese Pflichten dem Staate abnehmen soll.[68]) Dieses Einverständnis der Privatperson wird aber der Staat in der Regel nur erlangen können, wenn er ihr einen Ausgleich für ihre Opfer bietet: dem Beamten den Gehalt. Bei der Verleihung eines Schienenweges wird ein gewisses Äquivalent für die Unkosten des Unternehmers von vornherein darin liegen, daß durch den Verwaltungsakt auch eine zivilrechtliche Position geschaffen wird: der Beliehene wird Inhaber einer Personenbeförderungsanstalt, oft auch Frachtführer,

---

daraus nicht die Konsequenzen für die verwaltungsrechtliche Beurteilung der Konzession zieht. Rüttimann (Seiler, S. 16) nennt die Konzession einen zivilistischen (!) Vertrag, worin ein Zweig der Staatsverwaltung übertragen wird.

Ähnliche Verleihung ists auch, wenn die Gemeinde einem Unternehmer ihre Straßenbeleuchtung oder Wasserleitung zum Betrieb überträgt. Liegt auch das Beispiel auf anderem Gebiet, so ist doch hiermit auch der Steuereinnehmer des alten Rom zu vergleichen.

[67]) O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 295.

[68]) O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 307; Endemann, S. 281.

und hat seinen Verdienst an den Beförderungsgeschäften.[69]) Das kann soweit gehen, daß sich von Anfang an mit ziemlicher Bestimmtheit annehmen läßt, daß der Schienenweg ohne großes Risiko einen nicht geringen Ertrag abwerfen wird. Wenn nun der Staat dennoch die Verwaltung der Bahn nicht selbst übernehmen will, sondern einem Unternehmer überträgt, so ist nicht einzusehen, warum der Staat sich nicht einen Teil des Ertrages, der ihm doch in erster Linie gebührt, vorbehalten, d. h. vom Unternehmer versprechen lassen sollte.[70]) Diese Abgabe kann absolut festgesetzt sein — einmal oder jährlich zu entrichten — oder in einem Bruchteil des Gewinnes oder im Überschuß des Ertrages über ein gewisses Maximum (der Dividende) bestehen.[71]) Umgekehrt aber werden mitunter — wenn nämlich die Bahn nicht rentiert und ihre Anlage doch im öffentlichen Interesse liegt[72]) — jene Einnahmen die Höhe der Unkosten nicht erreichen. In einem solchen Falle muß der Staat dem Unternehmer noch besondere Zusagen machen. Er pflegt dann bei solchen Bahnen entweder einen Teil des Kapitales zinsfrei zu gewähren oder ein Zinsminimum zu garantieren oder — insbesondere für die Bauperiode — Steuerbefreiungen eintreten zu lassen.[73]) Die wichtigste Zusage aber, die der Staat bei der Verleihung eines Schienenweges regelmäßig zu machen pflegt, liegt darin, daß er dem Unternehmer den Betrieb für längere Zeit überträgt, sodaß er sich von

[69]) Die dem Zivilrecht angehören: O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 326 Anm. 8, G. Meyer S. 535; vgl. auch oben Anm. 18.

[70]) Geschieht dies nicht, so kann unter Umständen in der Konzession die Begründung eines rein vermögensrechtlichen Privilegs für den Unternehmer, und deshalb eine Härte gegen die Steuerzahler liegen.

[71]) Dazu gehört auch die sogenannte Konkurrenzgebühr für Mindereinnahmen der Staatsbahn.

Ähnlich auch die Abgabe an den Wegebaupflichtigen; vgl. unter § 11.

[72]) Bei Straßenbahnen dürfte das selten vorkommen. Häufiger ist das bei Eisenbahnen, z. B. in Kolonien oder aus Gründen der Landesverteidigung.

[73]) Beispiele erwähnen u. a. Reyscher (S. 262) und von Rönne (2, 7).

Jahr zu Jahr mehr für die einmaligen Ausgaben der Anlage bezahlt machen kann.

Trotz dieser Zusagen des Staats ist die Verleihung dennoch kein zweiseitiges Geschäft zwischen Staat und Beliehenen etwa nach Art der Verträge, obgleich Vereinbarungen und Willenseinigung der Beteiligten vorkommen. Das zeigt wiederum der Vergleich mit dem Staatsdienstverhältnis: Beim Beamten ist es die Regel, daß er sich nicht bloß im Hinblick auf die von ihm zu übernehmenden Geschäfte der Staatsverwaltung, aus idealem Patriotismus, sondern aus einem erklärlichen und berechtigten Egoismus — um sich den Lebensunterhalt zu verschaffen, mit Rücksicht auf den Gehalt und andere mit seiner Stellung verbundenen Rechte oder Annehmlichkeiten — im Staatsdienst anstellen läßt. Gleichwohl ist es die herrschende Meinung, daß hier kein Vertrag vorliegt, und man beurteilt die Übertragung der Staatsgeschäfte als das Primäre, die damit verbundenen Rechte sieht man als etwas Sekundäres an.[74]) Ganz entsprechend sollte man die Konzession beurteilen. Wenn sich der Unternehmer sagt: mit der Bahnanlage läßt sich Geld verdienen, und deshalb sich den Konzessionsbedingungen unterwirft, so ist das nur ein Motiv für sein Handeln und für die verwaltungsrechtliche Würdigung der Konzession ganz unerheblich. Maßgebend ist fürs Verwaltungsrecht allein der Standpunkt des Staats: Die Konzession überträgt öffentliche Verwaltung; sie ist Verwaltungsakt,[75]) nicht zweiseitiges Rechtsgeschäft.[76])

Dabei kann die Form, in welche gekleidet dieser Akt des Verwaltung führenden Staats in die Erscheinung tritt, verschieden

[74]) Vgl. O. Mayer, Dtsch. Vwr. § 44.

[75]) Unter „Verwaltungsakt" versteht man sowohl jede Willensäußerung des Staates, die sich auf die Verwaltung bezieht (z. B. G. Meyer 1, 532), wie auch im engeren Sinne solche Akte einer Verwaltungsbehörde — im Gegensatz zu den Verwaltungsakten in Gesetzesform.

[76]) „Die Konzessionen sind Akte der Staatshoheit": Schweizer Bundesrat (Bundesbl. 1871, II 655); auch Morel S. 72 f., Vogt S. 30, Haberer S. 8, Endemann S. 281, Reind S. 363; O. Mayer Dtsch. Vwr. II 306.

sein. Jederzeit kann die Konzession natürlich in Gesetzes Form erteilt werden.[77]) In solchem Falle würde sich — dem Wesen des Gesetzes entsprechend — die Zustimmung des Untertanen erübrigen; doch wird man von der Gerechtigkeit des Gesetzgebers verlangen können, daß er dabei seine Macht nicht zu einer Benachteiligung des Konzessionärs mißbrauche.[78]) In manchen Staaten sind gesetzlich wenigstens die allgemeinen Grundsätze, die für Erteilung jeder Konzession maßgebend sein sollen, aufgestellt.[79]) Erfolgt dann im Einzelfalle die Konzession nicht durch Gesetz, so sind jene allgemeinen gesetzlichen Normen auch für die Staatsbehörde bindend. Sie gelten als Teile der Konzession, die Widersprechendes nicht enthalten darf.[80]) Endlich kommt es nicht selten vor — für Straßenbahnen ist das sogar heute noch die Regel — daß überhaupt keine gesetzlichen Normen für die Verleihung der Schienenwege in einem Staate bestehen.[81]) Dann ist die Erteilung der Konzession Sache der Verwaltungsbehörde und erfolgt durch „Verwaltungsakt" (vergl. Anm. 75). Die Behörde ist dabei — genau wie bei anderen Verwaltungsakten — innerhalb der Grenzen von Gesetzen und Verfassung ganz frei in ihren Entschließungen: sie kann die nachgesuchte Konzession verweigern, sie kann sie erteilen, sie kann dabei beliebige Bedingungen stellen. Das sieht despotischer aus, als es in Wirklichkeit ist. Denn Freiheit in der Entscheidung bedeutet nicht Willkür bei der Entscheidung. Die Verwaltungsbehörde hat vielmehr stets nur die Maßnahmen zu treffen, die sie nach sorgfältiger Prüfung für die für die Gesamtheit nützlichsten hält. In diesem Sinne aber ist nur eine Entschließung möglich und diese geboten; die gewissenhafte Behörde ist also darin durchaus gebunden trotz ihrer Freiheit nach außen.

---

[77]) So in England regelmäßig durch Gesetz.

[78]) Morel S. 81, Seiler S. 43.

[79]) Z. B. in Preußen die Gesetze vom 3. November 1838 und vom 28. Juli 1892; in Bayern Gewerbegesetz vom 30. Januar 1868 (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 1).

[80]) Botschaft des Schweiz. Bundesrats S. 655.

[81]) So auch in Sachsen.

Mit der Verleihung entsteht dem Unternehmer zunächst die Pflicht,[82]) so, wie der Staat es ihm bei der Konzession oder durch Gesetz vorschreibt, den öffentlichen Schienenweg anzulegen und den Verkehr darauf zu vermitteln, bei Straßenbahnen z. B. die nötigen oder vorgeschriebenen Fahrten auszuführen, mit jedermann Beförderungsgeschäfte bestimmter Art abzuschließen. Diese Pflicht zum Betrieb folgt daraus, daß es sich dabei um ein Stück öffentlicher Verwaltung handelt.[83]) Daneben erwachsen dem Unternehmer aus der Konzession auch Rechte, und zwar subjektive öffentliche Rechte, denn sie sind eine Folge der Übertragung öffentlicher Verwaltung; dazu gehört z. B. das — publizistische — Recht, Transportgeschäfte abzuschließen, die ihrerseits dem Unternehmer zivilistische[84]) Vermögensrechte geben; das Recht Bahnpolizei (vgl. unten Anm. 136) zu üben; der Anspruch auf die vom Staate zugesagten Zuschüsse.[85])

---

[82]) Vgl. Vogt S. 28, Seiler S. 9, Eger, Komm. S. 73, Preuß. Kleinbahngesetz (vom 28. Juli 1892) § 24.

[83]) Das verkennt Haberer, der zwar bezüglich der Eisenbahnen von Staatsverwaltung spricht, aber dennoch (S. 30) keine Betriebspflicht anerkennt.

[84]) Vgl. Anm. 18 u. 69; O. Mayer, Dtsch. Vwr. I, 146.

[85]) Für das Deutsche Reich sind eine ganze Reihe solcher Pflichten und Rechte des Eisenbahnunternehmers gesetzlich festgelegt im Handelsgesetzbuch, in der Verkehrsordnung, in der Eisenbahnbau- und Betriebsordnung, auch in der Reichsverfassung, — die übrigens nur für Haupt- und Nebeneisenbahnen, nicht für „Kleinbahnen" gilt (Coermann, S. 276; Eger, Komm. S. 21).

Man mag diese Stellung des Beliehenen als privilegiert bezeichnen, darf aber dann jedenfalls nicht in diesem „Privileg" eine rein vermögensrechtliche Befugnis zu einem Gewerbebetrieb erblicken. Das Privileg ist hier nicht der Zweck, sondern nur Folge der Verleihung; vgl. Koch S. 4, Haberer S. 4, Endemann S. 281, Meili (Seiler S. 29), Zeller S. 354, Eger, Eisenb. Entsch. 15, 183, Komm. S. 32, Schelcher, Fischers Ztschr. 20, 99 u. 122.

Ein ausschließliches Recht, in der Weise, daß keine Konkurrenzlinie konzessioniert werden dürfte, hat der Unternehmer nur, wo es ihm ein Gesetz ausdrücklich gibt, z. B. in Österreich, teilweise auch in Preußen und Bayern. Vgl. Koch I S. 5., Reichsverfassung Art. 41 Abs. 3, Entsch. d. Reichsger. v. 6. Juli 1905 (Zeitschr. f. Kleinb. 1905, 682). Die gegenteilige Ansicht sucht Reyscher auf das Corp. Jur. Civ. (D. 43, 8, 2, 10) zu gründen!

Der Übergang der Verwaltung des verliehenen Schienenwegs auf den mit solcher Wegeverwaltung betrauten vollzieht sich, wenn er in einem Gesetz ausgesprochen wird, mit dessen Inkrafttreten. Hat die Konzession dagegen die Form eines Verwaltungsaktes, dann, wenn diesem der Beliehene zustimmt; und ist die Zustimmung schon vorher gegeben — in der Regel wird sie in dem Gesuch um Verleihung liegen —, so mit der Eröffnung des Willens der Behörde.[86]) Ist dann der Schienenweg einmal fertig gestellt und vom Unternehmer (oder der Polizei) dem Verkehr freigegeben,[87]) so ist er damit auch von selbst ein öffentlicher Weg, ohne daß es zuvor noch eines besonderen Verwaltungsaktes bedürfte, der das öffentlich-rechtliche Eigentum am Wege ausspricht; der Schienenweg ist ja von einem Organ der öffentlichen Verwaltung angelegt worden.

Soweit die Konzession durch einen Verwaltungsakt erfolgt, der der Zustimmung des Beliehenen bedarf, haben sie manche mit dem Vertrage des Zivilrechts, mit dem sie ja früher so oft verwechselt wurde,[88]) verglichen und „öffentlich-rechtlichen Vertrag" genannt.[89]) Sofern man dabei nicht nach Analogie des zivilrechtlichen Vertrags an eine Gebundenheit des Staates denkt, ließe sich gegen die Bezeichnung „öffentlich-rechtlicher Vertrag" nichts sagen, wenn nicht ein anderes Verwaltungsrechtsinstitut mehr Anspruch auf diesen Namen hätte: Es gibt nämlich auch im Verwaltungsrecht echte Verträge. Sie kommen vor zwischen gleichstehenden Subjekten des öffentlichen Rechts und haben mit den „Verwaltungsakten auf Unterwerfung" nichts zu tun. Für diese letzteren sollte man deshalb die Bezeichnung „öffentlich-rechtlicher Vertrag" vermeiden; besonders bei Konzession von Schienenwegen, weil gerade die Verleihung eines Schienen-

[86]) Vgl. O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 307.

[87]) Polizeiliche Genehmigung, die mit der Konzession gar nichts zu tun hat, kann gesetzlich (so in Preußen) oder für den Einzelfall in der Konzession erfordert werden.

[88]) Vgl. Anm. 61.

[89]) Vgl. Schelcher, Fischers Ztschr. 20, 105 f.

weges auch in der Form eines echten öffentlich-rechtlichen Vertrages vor sich gehen kann.[90])

Die Beleihung einer Gemeinde als Straßenbahnunternehmerin durch den Staat ist ebensowenig öffentlich-rechtlicher Vertrag, wie es die sogenannten „Konzessionsverträge" der Gemeinden mit den Straßenbahngesellschaften[91]) sind.

In beiden Fällen fehlt die Gleichstellung der Rechtssubjekte.

2. § 7. Änderung und Aufhebung der Konzession.

Daß die Konzession eines Schienenweges die doppelte Entstehungsform — Gesetz oder Verwaltungsakt — haben kann, ist auch von Bedeutung für die Frage, ob und wie sie einseitig abgeändert oder aufgehoben werden kann.

Ist die Verleihung in Gesetzes Form erfolgt, so ist den so getroffenen Bestimmungen gegenüber die Verwaltungsbehörde machtlos, soweit ihr nicht ausdrücklich in jenem Gesetz[92]) gewisse Befugnisse (z. B. in Bezug auf das Tarifwesen) vorbehalten sind. Dagegen kann im Wege eines neuen Gesetzes alles erreicht werden: die Konzession kann geändert werden; die in ihr begründeten Rechte und Pflichten des Unternehmers können einseitig vom Staate gemindert oder vermehrt werden; alle subjektiven öffentlichen Rechte, die dem Konzessionär durch die Verleihung entstanden sind, müssen einem Gesetze weichen.[93])

[90]) Bei Staatseisenbahnen sind solche Verträge gar nicht so selten; regelmäßig wird man einen Übergangsbahnhof nicht auf die Landesgrenze setzen können, und deshalb muß ein Staat auf dem Gebiet des anderen einen Schienenweg haben. Die Verleihung erfolgt durch Staatsvertrag. Vgl. auch Staatsvertrag vom 26. April 1904 zwischen Sachsen und Österreich wegen Übernahme der Strecke Reichenberg-Zittau in Staatsbetrieb (Gesetz- u. Verordnungsblatt 1904 S. 308).

Bei Straßenbahnen dürfte das kaum vorkommen. Denkbar wäre es, wenn Hamburg Straßenbahnen, die auch preußisches Gebiet berühren, in städtischen Betrieb übernähme.

[91]) Vgl. unten S. 51.

[92]) Vgl. Preuß. Kleinbahngesetz § 23 ff.

[93]) So auch Laband S. 14. Diesen Weg hat der Schweizerische Bund eingeschlagen, um sich weitergehende Befugnisse als ihm bisher

Weniger einfach liegen die Verhältnisse, wenn die Übertragung der Verwaltung des Schienenweges in der einfacheren Form eines Verwaltungsaktes sich vollzogen hat. Es bedarf keiner weiteren Darlegung, daß, soweit auch hier allgemeine gesetzliche Bestimmungen in Frage kommen, nur ein neues Gesetz die Rechtslage ändern kann, daß aber anderseits alles, was nur durch Verwaltungsakt bestimmt ist, durch ein Gesetz beliebig umgestoßen werden kann.[94]) Das Gesetz ist allmächtig. Aber der Weg der Gesetzgebung ist lang und beschwerlich, auch nicht immer gangbar. Darum wird ihn die Behörde meiden, sobald sie durch einfache Verwaltungsakte auch zum Ziele kommen kann. Und daß so vielfach die Behörde ihre Zwecke erreichen kann, ergibt sich aus der Natur des Verwaltungsaktes. Es gehört zum Wesen der öffentlichen Verwaltung, daß die Verwaltungsbehörde, was sie jeweils für zweckmäßig hält, muß anordnen und durchsetzen können. Eine andere als die durch Gesetz gebotene Schranke kann die öffentliche Verwaltung nicht dulden; auf dem ihrer Tätigkeit vorbehaltenen Gebiete muß sie ganz frei sein. Jede Gebundenheit würde eine Gefährdung der öffentlichen Interessen bedeuten.[95]) Von keinem Verwaltungsakt läßt sich von vornherein sagen, ob er nicht später einmal, je nachdem sich die Verhältnisse ändern, von höchster Bedeutung sein wird. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit nicht allein, daß die Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit im Erlassen der Verwaltungsakte frei ist, sondern auch, daß sie selbst sich diese Freiheit nicht rechtsgiltig nehmen kann. Läge doch darin ein Ausderhandgeben der öffentlichen Verwaltung. Die öffentlichen Verwaltungsbefugnisse des Staates sind unverzichtbare[96]) Staats-

zustanden, in Bezug auf das Eisenbahnwesen, insbesondere auch bessere Rückerwerbsbedingungen, zu sichern; vgl. die Bundesgesetze über das Eisenbahnwesen vom Jahre 1872 (23. Dez.) und über das Rechnungswesen 21. Dez. 1883 u. 1896 (vgl. Herold S. 68, 116).

[94]) Seiler S. 44, Zeller S. 358, Laband S. 14, Schelcher, Fischers Ztschr. 20, 125, Eger, Komm. S. 19.

[95]) Das verkennt Laband (S. 11), wenn er sagt, die einmal erteilte Konzession sei unwiderruflich.

[96]) Ähnlich die Verordnungen des sächs. Min. d. Innern v. 15. Okt.

gewalt, sie sind höchstens im einzelnen der Ausübung nach übertragbar. Infolge der Freiheit der Behörde ist es gar nicht ausgeschlossen, daß ein Verwaltungsakt das Gegenteil eines früheren anordnet. Dieser wird durch den späteren Verwaltungsakt hinfällig, soweit er sich nicht mit ihm verträgt. Auf die Eisenbahn- und Straßenbahnkonzession angewandt, heißt das nichts Geringeres als, daß alle Bestimmungen der Konzession, soweit sie öffentliche Verwaltung betreffen und nicht auf Gesetz beruhen, für die Verwaltungsbehörde nicht bindend sind, daß vielmehr der Staat die Konzession einseitig ändern und auch ganz aufheben kann.[97]) Doch gilt auch hierbei, was schon oben (S. 29) bezüglich der Erteilung der Konzession gesagt ist, daß trotz der großen Befugnisse und trotz der Freiheit der Entscheidung keineswegs der Willkür der Behörde freie Bahn gelassen ist. Die Behörde kann zwar stets Verwaltungsakte erlassen, aber sie darf es nicht, es sei denn, daß ihrs das öffentliche Interesse gebiete. Ein Widerruf der Konzession oder eine Minderung der darin gewährleisteten Befugnisse ist nur zulässig, wenn dafür eine „iusta causa publica“[98]) vorliegt.[99]) Eine

1902 (Fischers Ztschr. 25, 184) u. v. 12. Dez. 1904 (Leipz. Tagebl. 1905 Nr. 52): das Hoheitsrecht des Staats ist unveräußerlich.

[97]) Vgl. dazu auch Vogt S. 42; G. Meyer (Laband S. 2). Heusler (S. 6) sagt: Bei öffentlichen Interessen könne der Staat seinerseits die Eisenbahn expropriieren. Die Eingriffsbefugnisse des Staats der Konzession gegenüber sind in der Tat der Enteignung sehr nahe verwandt. Was man Enteignung zu nennen pflegt, jene Eingriffe ins Privateigentum, sind nur besondere Fälle der dem Staat allgemein zustehenden Befugnis, wo es die öffentliche Verwaltung erfordert, auch wohlerworbene Rechte anzutasten. Die Enteignungsgesetze enthalten nur eine Privilegierung des Privateigentums, zu dessen Schutze sie gewisse Formalitäten vorschreiben. Auch sie sehen vor einerseits den Verwaltungsakt, der den Herrn der Sache zugunsten des Staates verdrängt, und anderseits die öffentlich-rechtliche Entschädigung (unten § 9); vgl. auch Preuß. Kleinb.-Ges. § 7.

[98]) Reyscher S. 295; „interêt public“, O. Mayer, Frz. Vwr. S. 334; Hilse, Verstadtlichung S. 77; Eisenb.-Entsch. 14, 366; Haberer (S. 13) verlangt ein „wirkliches Interesse des Staats an der Beschränkung der Selbstverwaltung.“

[99]) Schelcher (Fischers Ztschr. 20, 186) erfordert „Pflicht-

höhere Instanz allerdings zur Prüfung, ob eine solche iusta causa publica im konkreten Falle vorliege, gibt es nicht.[100]) Es gilt — wie für jeden nicht im Rechtsweg anfechtbaren Verwaltungsakt — die Fiktion, daß er zweckmäßig und begründet sei.[101])

Diese Freiheit der Verwaltungsbehörde den Bestimmungen der Konzession gegenüber reicht jedoch immer nur so weit, als es sich um auf den Unternehmer übertragene öffentliche Verwaltung handelt; diese Verwaltung kann ihm, wenn nötig, ganz oder teilweise wieder entzogen werden. Aber der Beliehene ist nur insoweit wehrlos, als er Organ der öffentlichen Verwaltung und damit der Staatsgewalt unmittelbar unterstellt ist. Dagegen können ihm weder einseitig über den Umfang des ursprünglich verliehenen Unternehmens hinaus[102]) neue Pflichten aufgebürdet werden,[103]) noch können ihm die Rechte, die nicht die Führung der Verwaltung des Schienenweges betreffen, verkürzt werden. Deshalb darf vor allem aus fiskalischen Rücksichten der Staat die Konzession nicht antasten; er darf nicht einseitig seine versprochenen Zuschüsse mindern oder die Abgaben des Unternehmers erhöhen. Dessen Stellung ist vermögensrechtlich durchaus gesichert.

Daß ein übereinstimmender Wille von Staat und Unternehmer die Konzession in jeder Weise ändern, sie auch ganz aufheben kann,

---

verletzung". Das dürfte zu eng, vielmehr auch ohne Verschulden des Beliehenen eine Entziehung möglich sein.

[100]) Wenigstens in Sachsen. Nach dem Preußischen Kleinbahngesetz (§ 25) ist Klage vor dem Oberverwaltungsgericht zugelassen.

Wohl gibt es (für Sachsen Gesetz vom 19. Juli 1900 § 73 Ziff. 7) einen Rechtsweg in Verwaltungssachen wegen der Konzession eines Schienenwegs. Allein die Nachprüfung bezieht sich nicht auf die Konzessionserteilung, sondern nur auf die in der erteilten Konzession festgelegten Rechte; nur darauf, ob ein giltiger Verwaltungsakt vorliegt und was er bestimmt, nicht aber ob diese Bestimmungen und der Akt selbst berechtigt sind.

[101]) Über den Schutz des Unternehmers, den ihm das Rechsinstitut der öffentlich-rechtlichen Entschädigung gewährt, vgl. unten § 9.

[102]) Vgl. O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 310.

[103]) Das wäre als neue Beleihung ein Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zu dessen Wirksamkeit Einverständnis der Beliehenen nötig wäre; vgl. oben S. 26, auch O. Mayer, Frz. Vwr. S. 334.

ist klar.[104]) Dagegen kann der Beliehene auf konzessionsmäßige Rechte, soweit sich mit ihnen Pflichten der Verwaltung verbinden, nicht verzichten oder an den übernommenen Pflichten etwas ändern.[105]) Zu jeder solchen Änderung der Konzession, d. h. der Norm, wie er seine Verwaltung zu führen habe, bedarf er der Zustimmung der Verwaltungsbehörde, eines die Konzession abändernden Verwaltungsakts, der ihn von den übernommenen öffentlichen Pflichten entbindet.[106]) Nur auf reine Vermögensrechte könnte er verzichten, doch wird dies kaum vorkommen. Ein Verzicht auf die Konzession als Ganzes ist deshalb undenkbar,[107]) weil in diesem Verzicht auf öffentliche Verwaltungsbefugnisse zugleich die Vernachlässigung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht — diese Verwaltung zu führen — läge. Ist konzessiongemäß die Wegeverwaltung für eine bestimmte Zeit übertragen und vom Beliehenen übernommen, so ist er damit dem Staate gegenüber zur Führung der Verwaltungsgeschäfte verpflichtet und hat keinerlei Anspruch, davon vor Ablauf jener Zeit entbunden zu werden. Läuft die Zeit ab, so hört, ohne daß es eines besonderen Verwaltungsaktes bedarf, die Konzession von selbst auf. Der Schienenweg aber hört damit nicht auf, ein öffentlicher zu sein; es übernimmt nur der Staat wieder unmittelbar die Verwaltung: der Schienenweg wird verstaatlicht oder durch Verwaltungsakt entweder einem Dritten verliehen oder eingezogen. Wenn dagegen die Beleihung für unbestimmte Zeit erfolgt ist, wird man dem Beliehenen einen Anspruch auf Befreiung von den Lasten der öffentlichen Ver-

---

[104]) Haberer nennt das „vertragsmäßige Einlösung". Rückerwerb auf Grund von Vereinbarungen ist nicht „Kauf" (Laband S. 5, Reyscher S. 264), sondern ein öffentlich-rechtliches Analogon: Verwaltungsakt mit Vereinbarung über die Entschädigung.

[105]) Ähnlich Zeller S. 360, obgleich er die Eisenbahnkonzession als vermögensrechtliches Privileg auffaßt.

[106]) Preuß. Kleinbahngesetz § 2 Satz 2; vgl. auch O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 312.

[107]) So auch Schelcher, Fischers Ztschr. 20, 135; Eger, Komm. S. 35 f., a. M. Haberer S. 30: „Die Möglichkeit des Verzichtes liegt in der Vertragsnatur der Konzession."

waltung zugestehen müssen; einen Anspruch, der gegen den Staat geht dahin, daß er durch Verwaltungsakt diese Befreiung ausspreche.[108])

Für die Behörde aber ist zwar, wenn sie sich ein Widerrufsrecht vorbehalten hat, die Konzession frei widerruflich;[109]) ist dagegen über das Ende der Konzession nichts gesagt, so wird dem Beliehenen ein subjektives öffentliches Recht der Verwaltungsführung begründet und eine Rücknahme der Konzession ist nur gegen volle Entschädigung (unten § 9) zulässig.

3. § 8. Das Aufsichtsrecht.

Verleihung eines öffentlichen Unternehmens ist Übertragung des betreffenden Zweiges der öffentlichen Staatsverwaltung. Dabei kann jedoch die verleihende Behörde, die ja zunächst diesen Verwaltungszweig zu führen hat, nicht die gesamte Verwaltung z. B. des Schienenweges dem Beliehenen übertragen in der Weise, daß der Unternehmer alle und die Behörde gar keine Bestimmungen mehr zu treffen hätte. Die Befugnis, „wo allgemeine öffentliche Interessen obwalten",[110]) die Verwaltungstätigkeit des Unternehmers in die richtige Bahn zu weisen, muß der verleihenden Behörde nach wie vor der Konzession bleiben. Sie kann sich in dieser Beziehung nicht einmal selbst beschränken, ebensowenig wie bezüglich der Rücknahme der Konzession (oben S. 34).[111])

---

[108]) Die Möglichkeit diesen Anspruch durchzusetzen, fehlt allerdings; aber bei Weigerung wäre der Staat entschädigungspflichtig (unten § 9). Die Verzichtserklärung des Unternehmers ist als Gesuch um Entlassung anzusehen: O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 315, Schelcher, Fischers Ztschr. 20, 135.

[109]) Auch diese Freiheit ist mit der Beschränkung (vgl. oben S. 29, 34), daß ein öffentliches Interesse die Rücknahme rechtfertigt, zu verstehen. Der Unterschied zwischen einer Konzessionsentziehung, die der Staat sich bei der Beleihung nicht ausdrücklich vorbehalten hat, und einer solchen gemäß besonderem Vorbehalt liegt vielmehr auf dem Gebiete des Vermögensrechts: Was zur Rücknahme veranlaßt, kann hier, wo „freier" Widerruf vorbehalten ist, auch ein fiskalisches Interesse sein, und nur im Falle eines nicht ausdrücklich vorbehaltenen Eingriffs hat der Beliehene einen Entschädigungsanspruch.

[110]) Eger, Komm. S. 269.

[111]) Deshalb ist, was die Konzession darüber sagt, — abgesehen von vermögensrechtlichen Folgen — unerheblich. Vgl. Entsch. des Preuß.

Der Unternehmer des Schienenwegs führt seine Verwaltungsgeschäfte nur an Stelle des Staates; hinter all seiner Verwaltungsführung steht der Staat, der verlangt, daß nichts gegen seinen Willen mit dem öffentlichen Verkehrsweg vorgenommen werde, und der, wenn er es für nötig hält, selbst in die Geschäftsführung eingreifen kann.[112]) Die Überwachungsbefugnisse des Staates sind — dies ergibt ihr Wesen — unveräußerlich; ihre Summe bezeichnet man als „das Aufsichtsrecht". Daß sie nicht übertragbar sind, ist auch damit gemeint, wenn man sagt, das Aufsichtsrecht sei ein staatliches Hoheitsrecht.[113]) Diese Unveräußerlichkeit geht so weit, daß die Aufsichtsbehörde ihre Befugnisse auch nicht Selbstverwaltungskörpern zu eigenem Recht — wohl aber zur bloßen Ausübung widerruflich[114]) — übertragen kann. In einer dauernden „Beschränkung der Verwaltungsbehörde wäre eine Änderung der Staatsorganisation enthalten; dafür ist aber keine Staatsbehörde, sondern nur der Gesetzgeber[115]) zuständig.

Kraft seines Aufsichtsrechtes entscheidet einmal der Staat darüber, was Inhalt der Konzession sei.[116]) Gebunden ist solchen Falles der Beliehene an die Entscheidung kraft der Konzession. Sodann aber kann der Staat auch über die Konzessionsbestimmungen hinausgehend verfügen, was das öffentliche Interesse erfordert. Darauf beruht die Befugnis der Behörde, wo eine „iusta causa publica" vorliegt, die Konzessionsbestimmungen (z. B. über Tarifmaxima oder Fahrtenminima) zu ändern oder die Beleihung ganz

---

Ob.Verw.Ger. vom 21. Dez. 1903 (Ztschr. f. Kleinb. 1905 S. 142); Sächs. Min. Verordn. vom 15. Okt. 1902 (Fischers Ztsch. 25, 184), vom 12. Dez. 1904 (Anm. 63). Auch Fischers Ztschr. 28, 168.

[112]) Seiler S. 9: „Der Staat muß die fremde Tätigkeit einer Kontrolle unterwerfen", auch Vogt S. 45.

[113]) Z. B. Heusler (S. 5: „Konzessionen sind nicht Übertragung, sondern nur Ausfluß des Hoheitsrechts") und das sächs. Min. d. Innern (vgl. oben Anm. 96).

[114]) Vgl. unten S. 49.

[115]) Vgl. Preuß. Kleinbahngef. § 23 ff.

[116]) Wenn z. B. die Konzession sagt: „Die nötigen Züge müssen eingestellt werden", was dann in concreto nötig ist. Vgl. Schelcher, Fischers Ztschr. 20, 128.

zurückzuziehen,[117]) auch für nicht in der Konzession vorhergesehene Fälle die Anordnungen zu treffen, die geeignet sind, die Interessen des öffentlichen Verkehres zu schützen. Das können Anweisungen über die Beschaffenheit der Betriebsmittel sein (Leistungsfähigkeit oder Ausstattung der Fahrzeuge). Wohl das weiteste Interesse für die Allgemeinheit besteht bei einer Eisenbahn bezüglich des Tarifwesens. Vom Tarif in erster Linie hängen die wirtschaftlichen und sozialen Vorteile eines Bahnunternehmens ab. Deshalb unterliegt, wenn irgend ein Zweig der Verwaltung des Schienenweges, das Tarifwesen der staatlichen Überwachung.[118]) Dabei ist auch von Bedeutung, was die Konzession über die Tarifbestimmung sagt:

1. Hat sich die verleihende Staatsbehörde das Recht vorbehalten, den Tarif *festzusetzen*, so ist solcher Festsetzung des Staats gegenüber der Unternehmer auch vermögensrechtlich wehrlos.

2. Ist ausbedungen, daß *Änderungen* des Tarifs der *Genehmigung* der Aufsichtsbehörde bedürfen, oder ist

3. über das Tarifwesen gar *nichts* bestimmt, so kann zwar der Staat kraft des Aufsichtsrechts, wo er es im öffentlichen Interesse für nötig hält, Tarifänderung verlangen, muß aber dem Unternehmer für diesen Verwaltungsakt, wenn er ihn schädigt, öffentlich-rechtliche Entschädigung (§ 9) leisten.[119])

---

[117]) *Schelcher*, Fischers Ztschr. 20, 123: Die Konzession ist *nicht* widerruflich *außer* kraft Aufsichtsrechts.

[118]) In vielen Konzessionen, schon der ersten Zeit, sind dem Staate solche Aufsichtsbefugnisse vorbehalten, oft auch in allgemeinen Gesetzen und Verordnungen. Vgl. österreich. Bestimmungen vom 18. Juni 1838, französ. Ges. vom 11. Juni 1842, ordonnance du ministre des traveaux publics vom 15. November 1846 Art. 44, Württemberg. Ges. vom 18. April 1843 Art. 6 (*Reyscher* S. 250 ff.); vgl. auch *Schweizer. Bundesbl.* 1871 II 695, *Reindl*, Eisenb. Entsch. 15, 85, *Wiedemann* S. 9. — Doch hängt das Aufsichtsrecht nicht von solchen Vorbehalten ab.

[119]) Vgl. dazu Anm. 150.

4. § 9. Die öffentlich-rechtliche Entschädigung.

So wehrlos der beliehene Unternehmer der Staatsgewalt gegenübersteht, soweit es sich um Führung öffentlicher Verwaltungsgeschäfte handelt, so geschützt ist er anderseits in seiner vermögensrechtlichen Stellung.[120]) Daß ihm ohne sein Einverständnis die reinen Vermögensrechte, die ihm die Konzession gewährleistet, außer durch Gesetz nicht geschmälert werden können,[121]) folgt aus dem im modernen Staate allgemein geltenden Grundsatze, daß der Staat, abgesehen von Notstandsfällen, nicht ohne gesetzliche Grundlage das Vermögen seines Untertanen — und dazu können auch Rechte gegen den Staat gehören — antasten darf. Dennoch kann dem Unternehmer ein Vermögensschaden ohne Übergriff der Behörde durch deren Akte entstehen, weil ihr gewisse Eingriffe im Interesse der öffentlichen Verwaltung erlaubt sind. Solche Fälle, die der Enteignung nahe stehen, sind gar nicht selten und auch schon da und dort bei unserer Betrachtung begegnet.[122]) Es sind beispielsweise in einer Konzession, die für eine bestimmte Zeit gegeben wird, Tarifsätze aufgestellt. Nachträglich verlangt die Behörde im Interesse des allgemeinen Verkehres Herabsetzung dieses Tarifes. Sie kann das tun; die Folge davon ist vielleicht, daß der Unternehmer weniger einnimmt. Da ein subjektives öffentliches Recht durch die Tarifbestimmung bei der Konzession[123]) für den Konzessionär begründet worden ist, ist jener Verwaltungsakt ein — erlaubter — schädigender Eingriff in die Rechtssphäre des Unternehmers. Zahlreiche ähnliche Fälle stehen diesem zur Seite, wo der Staat berechtigt „konzessionswidrig" handelt. Häufig wird die Schädigung sich als Folge der Vermehrung der

---

[120]) Zu eng ist die Ansicht des Schweizer Bundes (Bund. Bl. 1871 II, 647 ff), der für Verletzung „wirklicher Privatrechte" entschädigen will.

[121]) Oben S. 35.

[122]) Insbesondere oben § 7.

[123]) Nicht richtig Seiler (S. 124 f.): Der Tarif schaffe der Gesellschaft ein Privatrecht, daher die Entschädigungspflicht.

Unternehmerpflichten darstellen.[124]) Auch im Zusammenhang mit der Entstehung von öffentlich-rechtlichem Eigentum oder Besitz können Schädigungen des civiliter berechtigten, — in der Regel des Eigentümers, — eintreten, während die öffentliche Verwaltung davon den Vorteil hat.[125])

In allen diesen Fällen geschieht der Gerechtigkeit genüge durch das Rechtsinstitut der öffentlich-rechtlichen Entschädigung.[126]) Jeder Schaden, der aus einem Eingriff der öffentlichen Behörde entstanden ist, begründet einen Ersatzanspruch, sobald dem Geschädigten ein besonderes Opfer, das nicht alle Untertanen trifft, zugemutet wird.[127]) Dies trifft regelmäßig zu bei Verwaltungsakten, welche die konzessionsmäßigen Rechte angreifen. Dieser öffentlich-rechtliche Entschädigungsanspruch richtet sich auf das, was der Geschädigte mutmaßlich mehr an Vermögen haben würde, wenn der schädigende Verwaltungsakt nicht ergangen wäre.[128]) Wird daher für den Fall, daß in der Konzession keine Frist für das Ende der Beleihung festgesetzt oder kein Widerrufsrecht dem

---

[124]) Forderung von Nachtbetrieb, Verbesserung der Betriebsmittel, damit höhere Geschwindigkeit möglich werde, Leistungen für die Post usw. sind Fälle, wo die Aufsichtsbehörde Eisenbahn- wie Straßenbahnunternehmer nachträglich belasten kann.

Viele solche Vorschriften der Aufsichtsbehörde werden übrigens gar nicht ersatzpflichtig machen deshalb, weil sie nur das verlangen, was dem Unternehmer kraft der Konzession obliegt. Vgl. auch O. Mayer, Dtsch. Vwr. II, 310.

Zu beachten ist auch hierbei, daß es sich häufig um polizeiliche Maßregeln handelt, für die ein Ersatzanspruch nicht begründet ist. Vgl. unten Anm. 132.

[125]) Beispiel in dem von O. Mayer im Archiv für öff. Recht Bd. 15 f. besprochenen Fall.

[126]) Vgl. Reyscher S. 295, Hilse, Eisenb.-Entsch. 14, 866 f., Vogt S. 42, Heusler S. 9, 15, Morel S. 81, 84. Dieser sagt S. 74: „Eingriffe des Staats, die nicht auf Gesetz beruhen, machen natürlich entschädigungspflichtig." Kaum richtig fährt er fort: „Sonst sind sie ungiltig."

[127]) Vgl. hierzu O. Mayer, Dtsch. Vwr. § 53. Ähnlich übrigens Reichsgewerbeordnung § 51.

[128]) Seiler S. 104: Wo ein Maximum der Leistungen erhöht wird, muß der Staat voll entschädigen.

Staate vorbehalten ist, oder vor Ablauf jener Frist die Konzession entzogen, weil es die Behörde für nötig hält („iusta causa publica"), so ist der Unternehmer für diesen Eingriff in seine Rechte voll zu entschädigen; bei einer Aktiengesellschaft z. B. würde sich der Ersatz nach dem Kurswert der Aktien bemessen. Übernimmt der Staat die Bahn nach Ablauf der in der Konzession bestimmten Frist oder auf Grund eines in ihr ausbedungenen Widerrufs, so ist dem Unternehmer für die so in öffentlich-rechtliches Eigentum tretenden Objekte nur deren Verkaufswert zu erstatten.[129]) Das ist nicht unbillig; denn der Unternehmer mußte von Anfang an mit dieser Beendigung seiner Betriebsbefugnisse rechnen.

Sagt ein Gesetz etwas über die Höhe des Ersatzes, so ist natürlich dies in erster Linie maßgebend. Wenn neben der gesetzlichen Regelung die Konzession etwas in dieser Beziehung bestimmt, so ist das bindend. Denn ist dabei eine höhere Entschädigung vereinbart, als der tatsächliche Schaden beträgt, so liegt darin ein reines Vermögensrecht des Beliehenen, das unter allen Umständen gewahrt werden muß; ist aber in der Konzession der Ersatz niedriger bemessen, als der Schaden beträgt, so liegt darin ein den Unternehmer — der ja zuvor zugestimmt hat — bindender Verzicht auf ein Recht.

Solche Ansprüche auf öffentlich-rechtliche Entschädigung sind vermögensrechtlicher Natur; sie gehören deshalb, soweit nicht Sonderbestimmungen bestehen, obgleich sie öffentlich-rechtlich sind, vor die Zivilgerichte.[130])

---

[129]) Übernimmt der Staat den Schienenweg zwangsweise, unten S. 45, so entfällt der Entschädigungsanspruch, weil es sich entweder um eine Polizeimaßregel handelt oder wenigstens der Unternehmer den Verwaltungsakt selbst verschuldet hat (vgl. unten S. 43 unter b), ganz. Dem Unternehmer bleibt dann nur ein Bereicherungsanspruch.

[130]) Das hat O. Mayer auf Grund von § 13 Ger.Verf.Ges. nachgewiesen (Dtsch. Vwr. I § 16 II); vgl. Reyscher S. 295. „Die Entschädigungsfrage entscheidet sich nach Zivilrecht," sagt Zeller (Eisenb.-Entsch. 11, 360); das ist nicht richtig: sie entscheidet sich nach öffentlichem Recht, aber vor Zivilgerichten.

Von einem Entschädigungsanspruch kann, mag auch der Beliehene durch den Verwaltungsakt eine Vermögenseinbuße erleiden, keine Rede sein:

a) wenn der schädigende Verwaltungsakt kein konzessionsmäßiges Recht verletzt,[131])

b) wenn es sich bei dem Eingriffe um polizeiliche Maßnahmen handelt,[132])

c) wenn der Betroffene den Verwaltungsakt selbst verschuldet hat, der Schaden also auf des Geschädigten Verhalten zurückzuführen ist,[133])

d) wenn der schädigende Akt durch ein Gesetz erfolgt, es sei denn, daß dies ausdrücklich Ersatz vorsieht.[134])

Während dem Beamten gegen den Staat ein Anspruch auf Dienstentschädigung (für solche Auslagen, die der öffentliche Dienst bei ihm erfordert hat) zusteht,[135]) fehlt ein solches Recht dem mit einem öffentlichen Schienenweg beliehenen Unternehmer völlig. Denn es gehört ja gerade zum Wesen der Verleihung im Gegensatz zum Staatsdienstverhältnis, daß die Staatsgeschäfte nicht auf Rechnung des Staates, sondern auf Rechnung und Gefahr des Unternehmers geführt werden, dem einerseits die Erträgnisse zufallen, der aber anderseits auch das Risiko zu tragen hat.

---

[131]) Es wird z. B. die Konzession entzogen oder die Unternehmerpflichten werden vermehrt, weil ausdrücklich in der Konzession Widerruf vorbehalten worden war; oder eine zweite, dem verliehenen Unternehmen Konkurrenz machende Linie wird konzessioniert (vgl. oben Anm. 85), wobei Ersatz nur geschuldet wird, wenn Freiheit von dieser Konkurrenz ausdrücklich gewährleistet ist.

[132]) Vgl. O. Mayer, Frz. Vwr. S. 224; Dtsch. Vwr. II 351. Hierunter fallen Sicherungsanlagen aller Art: Die Aufsichtsbehörde verlangt Einführung besserer (z. B. Luft-) Bremsen, von Schutzvorrichtungen an den Wagen oder Stromleitungen (vgl. Telegraphenwege-Gesetz vom 18. Dezember 1899 § 6 Abs. 5); bei Hochbahnen könnte z. B. Einführung elektrischer Streckenblockierung verlangt werden.

[133]) Bei Verzicht (Anm. 108) oder wenn die Konzession wegen konzessionswidrigen Verhaltens zurückgezogen wird.

[134]) Seiler S. 51, Morel S. 81, insbesondere auch oben Anm. 92.

[135]) Vgl. O. Mayer, Dtsch. Vwr. II 254.

5. § 10. Polizeibefugnisse der Staatsgewalt.[136])

In dem Aufsichtsrecht erschöpfen sich die Befugnisse, die der Staat dem von ihm beliehenen Straßenbahn- wie Eisenbahnunternehmer gegenüber hat, keineswegs. Dem Staat stehen auch polizeiliche Befugnisse zu, die vom Aufsichtsrecht zu scheiden sind.[137]) Aufsichtsrecht und Polizei gegenüber einem Schienenweg decken sich weder,[138]) noch sind sie scharf von einander zu trennen, vielmehr gehen sie in einander über. Zum Teil sind die Befugnisse, die der Staat kraft Aufsichtsrechts übt, polizeilicher Natur (vgl. § 1 S. 8 b); das Aufsichtsrecht gibt aber über den Rahmen der Polizeigewalt[139]) hinausgehende Befugnisse, es ist nicht auf die Fälle beschränkt, in denen Störungen der guten Ordnung drohen. Vielmehr hat kraft des Aufsichtsrechts der Staat überall da ein-

---

[136]) Auch der Unternehmer hat Polizeibefugnisse; er übt die Bahnpolizei zum Schutze des Schienenweges gegen Störungen, die von dritten Personen ausgehen, insbesondere denen, welche die Beförderungsanstalt benützen. Die in fast allen Straßenbahnbetriebsordnungen vorkommende Bestimmung, daß die Fahrgäste den Weisungen des Personals unbedingt Folge zu leisten haben, schafft Bahnpolizei. Natürlich kann der Unternehmer eines Schienenweges nur soviel Polizeigewalt ausüben, als ihm von der Behörde übertragen ist. Vgl. dazu Reglements der Leipzig-Dresdener Eisenbahn S. 7, Preuß. Eisenbahngef. vom 3. November 1838 § 23, Ausführungsanweisung vom 13. August 1898 zum preuß. Kleinbahngesetz § 22, Eger Komm. S. 266, Eisenbahnbau- und -betriebsordnung vom 4. November 1904 §§ 77—82, Entsch. des Reichsger. vom 22. Sept. 1904 (Fischers Ztschr. 29, 126 ff). Hilse, (Verstadtlichung S. 74) leitet ein Untersagungsrecht des Straßenbahnunternehmers gegen unbefugte Benutzung der Geleise aus dem Privateigentum her. Nein, dies Verbietungsrecht ist ein Stück Bahnpolizei!

[137]) Diese Trennung ist nötig, einmal weil eine etwa in Frage kommende öffentlich-rechtliche Entschädigung für rein polizeiliche Akte von vornherein ausgeschlossen ist (oben S. 43 unter b); ferner aber ist oft danach auch die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden verschieden. In Sachsen z. B. steht das Aufsichtsrecht dem Ministerium zu, die Polizei auch Kommunalbehörden (unten § 12).

[138]) Aufsichtsrecht und Polizeigewalt verwechselt Seiler (S. 35).

[139]) Soweit die Polizei ein Teil des Aufsichtsrechts ist, nämlich die Verwaltung des Schienenweges betrifft, wird sie von der „Aufsichtsbehörde", in der Regel dem Ministerium, geübt. Preuß. Ges. vom 3. Nov. 1838 § 24.

zuschreiten, wo es irgend welche Interessen des öffentlichen Verkehrs erfordern. Anderseits greift aber auch die Polizeigewalt weit über das Gebiet des Aufsichtsrechts hinaus. Dieses bezweckt nur den Schutz des Unternehmens selbst gegenüber dem Unternehmer. Neben den Interessen des Unternehmens hat der Staat auch noch andere zu schützen: Er muß alle Störungen, die der guten Ordnung[140]) aus dem Unternehmen oder aus dem Verhalten des Unternehmers drohen, verhindern. Das ist ein Teil der allgemeinen staatlichen Polizeigewalt. Deshalb überwacht neben der Aufsichtsbehörde die Polizei Bau und Betrieb des Schienenwegs[141]) und kann dabei die zum Schutze öffentlicher Ordnung nötigen Anordnungen frei treffen. Sie wird, wo die gute Ordnung es erfordert, auch selbst tätlich eingreifen;[142]) dies kann in der Form der Ersatzvornahme auf Kosten des Beliehenen vor sich gehen dann, wenn der Unternehmer irgend eine Pflicht vernachlässigt und aus deren Nichterfüllung Störungen der guten Ordnung drohen. Am weitesten gehen hier die Polizeibefugnisse, wenn der gesamte Bahnbetrieb aus irgend welchem Grunde — sei's infolge Absicht des Unternehmer, sei's infolge eines Streiks der Angestellten — gestört wird.[143])

---

[140]) Besonders des Straßenverkehrs bei Straßenbahnen.

[141]) Baupolizeiliche Rechtsnormen gelten auch für die Schienenwege. Wenn regelmäßig vor der Eröffnung der Bahn Genehmigung der Behörde verlangt wird (vgl. Reyscher S. 291, Preuß. Ges. vom 3. Nov. 1838 § 22, Kleinb.ges. vom 28. Juli 1892 § 19, Österr. Betriebsordnung vom Jahre 1851 § 2), so ist das Polizeiübung. Ebenso kann die Polizei Vorschriften über die Fahrgeschwindigkeit geben oder Beschränkungen hinsichtlich des Personals anordnen, indem die Anstellung Unfähiger verboten wird. Vgl. § 320 StGB.

[142]) Die Polizei kann Einstellung des Betriebes erzwingen, wenn er mit besonderen Gefahren verbunden ist. Es kann z. B. eine Brücke oder eine Stromleitung auf einer öffentlichen Straße schadhaft sein.

[143]) Daß der Stillstand einer öffentlichen Eisenbahn, durch den die gesamte Wirtschaft weiter Gebiete gefährdet werden kann, eine Störung der guten Ordnung zur Folge hat, ist klar. Das Gleiche wird schon von mancher Straßenbahn gelten. In unseren Großstädten sind Tausende von Vorstadtbewohnern bei ihrer Berufstätigkeit auf die Straßenbahn angewiesen. Hier besteht für die Verwaltungsbehörde die Pflicht, ihrer-

II.

Die rechtliche Stellung des Straßenbahnunternehmers zur Gemeinde.

Was die Straßenbahnen für das Verwaltungsrecht von den anderen öffentlichen Schienenwegen wesentlich unterscheidet, ist ihre Stellung zur Gemeinde. Von zwei Gesichtspunkten aus ist die Gemeinde bei der Straßenbahnverleihung wesentlich beteiligt und interessiert: sie ist in der Regel einerseits Orts- und Wegepolizeibehörde, und anderseits die Herrin der in der Gemeinde liegenden öffentlichen Straßen.

1. § 11. Die Gemeinde als Herrin öffentlicher Straßen.

Die Benutzung der Straße durch den Straßenbahnunternehmer ist nicht völlige Beherrschung des Straßenareals; sie stellt nicht öffentlich-rechtliches Eigentum dar, sondern begründet nur öffentlich-rechtlichen Besitz.[144]) Das benutzte Grundstück kann, wenn es in

seits für Aufrechterhaltung des Betriebes, wenn nötig durch ihre Organe, zu sorgen. Natürlich auf Rechnung des Unternehmers, auf den dadurch ein Druck ausgeübt wird. Als im Jahre 1905 in Berlin die Elektrizitätswerksarbeiter streikten, wurde der Betrieb durch Mannschaften der Feuerwehr aufrecht erhalten, und für den Fall eines Ausstandes der Straßenbahnangestellten war militärische Hilfe vorgesehen. Wenn die radikale Presse ein derartiges Eingreifen des Staats als „Streikbruch" bezeichnete, so beruht auch dies auf der falschen Auffassung, als sei die Straßenbahn ein Gewerbebetrieb, während sie doch vor allem öffentlicher Verwaltung dient. — Das schwierige Problem, wie einem Streik der Eisenbahnangestellten durch den Staat zu begegnen ist, soll hier nicht berührt werden. Seine Lösung gehört mehr ins Gebiet der Politik als des Verwaltungsrechtes.

[144]) Auch für eine andere Art öffentlich-rechtlichen Besitzes bieten die verliehenen Schienenwege ein schönes Beispiel: für den Fall sogenannten Polizeibesitzes (vgl. O. Mayer, Eisenbahn und Wegerecht 16, 231). Bahnkörper und Fahrzeuge dienen unmittelbar öffentlicher Verwaltung. Bedingt dies bei Staatsbahnen öffentlich-rechtliches Eigentum, so besteht bei Privatbahnen zwar — ein zunächst latentes — Privateigentum des Unternehmers; daneben aber stehen jene Sachen in öffentlich-rechtlichem Besitz. Diese Unterscheidung ist für das öffentliche Recht,

privatem Eigentum steht — z. B. als Privatweg — auch weiterhin Privateigentum bleiben; ist die Straße öffentlich, so kann das öffentlich-rechtliche Eigentum am Wege neben dem öffentlich-rechtlichen Besitz, den die Nutzung der Straßenbahn darstellt, fortbestehen. Durch die Straßenbahn wird das Grundstück nur in der Richtung beherrscht, daß Schienen darein gelegt werden und Fahrzeuge darüber fahren. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit, um eine Belastung des Grundstückes.

Wohl steht es dem Staate zu, seinerseits nach freier Entschließung den Schienenweg so, wie ihm gut dünkt, zu verleihen; aber über die Straße der Gemeinde kann die staatliche Behörde nicht ohne weiteres verfügen. Daraus, daß die Straßenbahn in einer Gemeindestraße verliehen ist, folgt noch nicht das Recht für den Unternehmer, in diese Straße Schienen zu legen. Entweder muß die Gemeinde zustimmen (a), oder sie muß durch besonderen Rechtstitel genötigt werden können, die Einwirkung auf ihre Straße zu dulden (b).

a) Der normale Fall ist, daß die Konzession durch das Ministerium erst erfolgt, nachdem der Unternehmer das Einverständnis der Gemeinde mit seinen Plänen nachgewiesen hat. Er wird also zunächst mit der Gemeinde verhandeln. Daß er ihr für die Befugnis, Schienen in die Straße legen zu dürfen, eine Gegenleistung bietet, ist billig.

Nicht nur, daß die Straße, solange sie der Straßenbahnunternehmer benutzt, nicht mehr in vollem Umfange dem Straßenverkehr dienen kann, es entstehen auch durch die Mitbenutzung der Straße durch die Bahn Unkosten: der Straßenherr, in der Regel die Gemeinde, trägt die Wegebaulast, die durch das Bahn-

---

insbesondere dafür, daß die Bahn der Macht der Verwaltungsbehörde untersteht, ohne Bedeutung; praktisch wird sie dagegen, wenn die Bahn aufhört öffentlich zu sein. Standen die Gegenstände bisher in öffentlich-rechtlichem Eigentum, so werden sie Privateigentum des Staates (Fiskus), bestand dagegen nur ein öffentlich-rechtlicher Besitz, so fallen sie dem bisher in seinem Eigentum beschränkten Beliehenen zu freier Verfügung zu.

unternehmen erhöht wird.[145]) Anderseits hat der Unternehmer des Schienenweges bedeutende Vorteile, wenn er die öffentliche Straße für seine Zwecke benutzen darf: er spart nicht allein die Kosten des Ankaufs von Grund und Boden für den Bahnkörper, sondern auch die Kosten der Anlage eines Unterbaues für seinen Schienenweg. Deshalb ist es nur billig, wenn der Beliehene der Gemeinde nicht nur den durch seinen Schienenweg erzeugten Mehraufwand erstattet, sondern auch einen Teil der regelmäßigen Wegebaulasten mitübernimmt. Das Ergebnis dieser Verhandlungen zwischen Gemeinde und Unternehmer ist ein Verwaltungsakt, der einerseits diesem eine Macht über die öffentliche Sache, ein Nutzungsrecht an der Straße, einräumt und der anderseits die Leistung an die Gemeinde festsetzt.[146]) Auch bei diesem Verwaltungsakt handelt sichs, ähnlich wie bei der Übertragung des Unternehmens seitens des Staats, um eine Verleihung, eine Konzession, die für den beliehenen Straßenbahnunternehmer ein subjektives öffentliches Recht schafft.[147]) Dessen Stellung zur Gemeinde ist daher ganz entsprechend seiner Stellung zum Staate zu beurteilen: den bei der Beleihung gegebenen Zusagen zuwider kann das Recht des Unternehmers nur aus Gründen des allgemeinen öffentlichen Interesses und nur gegen Entschädigung verkürzt werden. Weniger Rechte als der Staat hat aber die Gemeinde insofern, als der Staat bei der Verleihung und Aufsichtsführung völlig frei ist, während die Gemeinde bei der Verleihung der Straßennutzung unter Umständen dem höheren Willen des Staats sich fügen muß (vgl. unten zu b).

Der Art nach kann die Last, die der Unternehmer für die Mitbenutzung der öffentlichen Straße zu tragen hat, ganz verschieden sein: die Gemeinde kann einen Teil des Ertrages erhalten;

---

[145]) Straßen, in denen Schienen liegen, werden erfahrunggemäß rasch ausgefahren und müssen deshalb öfter als andere ausgebessert werden.

[146]) Das Reichsgericht dagegen sieht darin Miete (vgl Heinitz, Eisenb.-Entsch. 18, 72), ebenso Hilse (Verstadtlichung, S. 20).

[147]) Das hebt besonders O. Mayer (Dtsch. Vwr. II, 148) hervor.

oder eine Quote ihrer Wegebaukosten wird ihr vergütet; oder der Unternehmer muß eine feste Summe bezahlen;[148]) oder er hat einen Teil der Straße, etwa das zwischen den Schienen liegende Stück, zu besorgen. Ja, der Beitrag kann auch die Form eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Heimfallsrechtes für die Gemeinde annehmen. In keinem Falle aber können solche Bestimmungen einseitig, ohne Zustimmung des Beliehenen, für diesen erschwert werden, weil sie rein vermögensrechtlich sind.[149])

Der Unternehmer kann dabei natürlich nicht giltig Versprechungen machen, die eine unmögliche Leistung darstellen. Hat z. B. die Gemeinde sich Rechte und Befugnisse vom Unternehmer zusprechen lassen, die der Aufsichtsbehörde unveräußerlich zustehen, so können solche Bestimmungen keine Rechtswirkung haben. Auch wenn die Aufsichtsbehörde diese Vereinbarungen gutheißt (vgl. Anm. 149), kann sie dadurch ihr unveräußerliches Aufsichtsrecht nicht verlieren. Eine solche Genehmigung stellt vielmehr nur eine Übertragung der Aufsichtsbefugnisse dar zur Führung an Stelle des Staates und für solange, als der Staat es für gut hält, die Gemeinde das Aufsichtsrecht üben zu lassen.[150])

---

[148]) Auch die Gewährung freier Fahrt an die Kommunalbeamten ist ein Teil solcher Leistung an die Gemeinde (Ztschr. f. Kleinb. 1905 S. 55).

[149]) Es besteht bei den Vereinbarungen des Unternehmers mit der Gemeinde die Gefahr, daß die Gemeinde ihre „öffentlich-rechtlichen Befugnisse" (Reskript des sächs. Min. d. Inn. v. 16. Nov. 1900, abgedruckt bei Hancke, Eisenb.-Entsch. 18, 82 ff.) zu einem Druck gegen den Beliehenen zu gunsten ihrer Finanzen mißbrauchen könnte. Dem begegnet in Sachsen (vgl. v. d. Mosel 2, 289 u. Fischers Ztschr. 25, 183) die Maßregel, daß das Ministerium kraft seiner Oberaufsicht nachträglich noch genehmigt, was die Gemeinde sich ausbedungen hat.

[150]) In Leipzig hat die Stadtgemeinde sich von den Straßenbahngesellschaften die Befugnis, deren Tariffestsetzung zu genehmigen, zusprechen lassen. Das hat auch das Ministerium seiner Zeit genehmigt. Nachträglich verlangt das Ministerium, weil der Staatsbahn durch die Straßenbahn Konkurrenz entsteht, Erhöhung des Tarifs wider den Willen von Stadt und Straßenbahngesellschaft. Die Stadt erklärt das Ministerium dafür für unzuständig. Mit Unrecht! Denn die Tarifgenehmigung ist ein Teil des unveräußerlichen Aufsichtsrechts; und eine Nachprüfung, ob wirklich das Interesse der Rentabilität der Staatsbahn

b) Ist die Gemeinde aber mit der Benutzung der Straße durch den Unternehmer nicht einverstanden, so ist die etwa schon erteilte Konzession zunächst wertlos. Es kommt darauf an, die mangelnde Zustimmung durch einen Akt einer höheren Instanz zu beheben. Soll eine öffentliche Straße für einen öffentlichen Schienenweg benutzt werden, so stehen sich zwei öffentliche Unternehmen gegenüber; Enteignung ist mit dem öffentlichen Eigentum nicht wohl vereinbar. Vielmehr gilt hier der Grundsatz, daß das wichtigere Unternehmen dem weniger bedeutenden vorgeht.[151]) Gibt die Gemeinde für den wichtigeren öffentlichen Zweck ihre Straßen nicht gutwillig her — z. B. eine Nebenstraße für eine wichtige Straßenbahnlinie — so könnte sie im Wege der Oberaufsicht wohl dazu angehalten werden. Hat sie durch diesen Verwaltungsakt Schaden, so kann sie allerdings öffentlich-rechtliche Entschädigung verlangen, deren Leistung der Staat seinerseits dem Unternehmer bei der Konzession auferlegen würde. Bei manchen Straßenbahnunternehmungen aber wird das Interesse an der Freiheit der öffentlichen Straße so groß oder größer sein als der Nutzen der Bahn. Hier würde deshalb die Möglichkeit, die Gemeinde zur Hergabe ihrer Straße anzuhalten, versagen; der Unternehmer ist dann auf gütliche Vereinbarung angewiesen.[152])

Im allgemeinen ist kaum zu befürchten, daß die Gemeinde dem Unternehmer erhebliche Schwierigkeiten bereiten wird, weil niemand mehr als sie selbst an der Straßenbahn interessiert ist.

Da es sich bei der Überlassung der Straße an den Beliehenen nur um eine Verfügung über eine öffentliche Sache und um eine vermögensrechtliche Leistung des Beliehenen, nicht aber um Über-

---

ein allgemeines öffentliches Interesse sei, steht den Beteiligten nicht zu. — Wohl aber kann die Straßenbahn, wenn sie weniger einnimmt, öffentlich-rechtliche Entschädigung verlangen (vgl. oben § 8 am Ende).

[151]) Vgl. die Entsch. des Preuß. Minist. der öffentl. Arbeiten, abgedruckt in Fischers Ztschr. 24, 208.

[152]) In Sachsen gilt seit dem Enteignungsgesetz vom 14. Juni 1902 von diesen allgemeinen Grundsätzen abweichendes: Dies Gesetz bestimmt ausdrücklich (§ 7 Abs. 4), daß auch öffentliche Sachen enteignet werden können.

tragung öffentlicher Verwaltung handelt, kann hierbei von einer „Konzession" des Unternehmens durch die Gemeinde nicht die Rede sein; ebensowenig aber darf dabei von einem „Vertrag" der Gemeinde mit dem wesentlich passiv beteiligten Unternehmer gesprochen werden.[153])

Obgleich die Gemeinde heute in der Regel Herrin ihrer Wege ist, bezieht sich diese Verwaltungsbefugnis nicht auch auf die Schienenwege innerhalb der Gemeinde, sodaß etwa ihr und nicht dem Staat die Verleihung zustände. Früher, besonders im Mittelalter, führte allerdings, abgesehen von einigen kaiserlichen und landesherrlichen Straßen, die Gemeinde die Verwaltung ihres Wegewesens selbst und zu eigenem Recht. Selbständige Herrin ihrer Wege ist sie zwar auch heute wieder, aber dazwischen hat der Polizeistaat die Verwaltung des gesamten Wegewesens an sich gerissen; erst durch den Staat ist neuerdings wieder die Wegefürsorge durch Gesetzgebung den Gemeinden zugewiesen. So ist die Wegeherrschaft der Selbstverwaltungskörper heute vom Staate abgeleitet. Und da der Staat die Verwaltung der Schienenwege nicht dem Geschäftskreis der Gemeinden zugewiesen hat, hat nur er die Schienenwege zu verleihen.

2. § 12. Die Gemeinde als Inhaberin der Ortspolizeigewalt.

Aus der Tatsache, daß an öffentlichen Wegen ein Gemeingebrauch besteht, darf keineswegs gefolgert werden, daß es jedermann freistünde, in die öffentlichen Wege Schienen zu legen.[154])

---

[153]) Vgl. dazu Schelcher, Fischers Ztschr. 20, 114.

Das Reichsgericht (Entsch. v. 6. Juli 1905, Ztschr. f. Kleinb. 1905, 682) sagt: „Die Vereinbarungen zwischen Straßenbahnunternehmer und Gemeinde sind Privatverträge." Ebenso die Entsch. des Reichsger. vom 24. April 1902 (Eisenb.-Entsch. 19, 231). — Nein, es sind öffentlich-rechtliche Rechtsgeschäfte: Verwaltungsakte, welche mit Zustimmung des Unternehmers ergehen; stimmt er nicht zu, so erhält er die Straßennutzung nicht, vgl. Entsch. des sächs. Min. d. Inn. (Fischers Ztschr. 21, 53). — Den Zivilverträgen sind sie insofern ähnlich, als sie weil rein vermögensrechtlich auch die Gemeinde binden.

[154]) O. Mayer, Dtsch. Vwr. II S. 118 ff.

Dazu sind die Wege nicht angelegt. Die Wegepolizei würde es mit Recht als Störung der guten Ordnung verhindern. Auch aus der Konzession darf man in dieser Beziehung nicht zu viele Rechte herleiten. Wem die Ausführung eines Schienenweges auf einer öffentlichen Straße übertragen ist, der darf den Schienenweg immer nur so anlegen, daß die Ordnung des Straßenverkehres adurch möglichst wenig gestört wird. In dieser Richtung hat daher immer noch die Wegepolizeibehörde — das ist in der Regel die Gemeinde — mitzureden. Die Konzession ist eine Beleihung mit der Anlage nur, soweit ihr nicht polizeiliche Bedenken entgegenstehen. Sofern allerdings bei der Konzession selbst die Art der Ausführung des Unternehmens geregelt ist, wird man — wenigstens in Sachsen, wo die Verleihung durch die höchste Polizeibehörde erfolgt, — der Ortspolizeibehörde die Befugnis, darüber Vorschriften zu machen, absprechen müssen.[155]) Ergibt sich dann, daß die konzessionsmäßige Durchführung der Anlage Störungen der guten Ordnung zur Folge hat, so wird der Ortspolizei nichts übrig bleiben, als beim Ministerium deshalb vorstellig zu werden und eine Änderung der Konzession anzuregen.[156]) Wenn aber außerhalb des Rahmens der in der Konzession vorgesehenen Verhältnisse, bei Anlage oder Betrieb Störungen der guten Ordnung drohen oder sich zeigen, so kann und muß die Ortspolizei einschreiten[157]) und wenn nötig mit Gewalt Abhilfe schaffen. Die Ortspolizeibehörde, in der Regel die Gemeinde, übt die oben (S. 45 f.) dargestellten Polizeibefugnisse des Staates:[158]) Nicht nur Betrieb und Betriebsmittel sind von

[155]) Vgl. die Entsch. des Ob.Verw.Ger. vom 21. Dezember 1903 (Zeitschr. f. Kleinb. 1905, 142).

[156]) Praktisch wird das dadurch vermieden, daß die Ortspolizeibehörde vom verleihenden Ministerium vor der Konzession zu den Bauplänen gehört wird und ihre polizeilichen Anordnungen treffen kann. Nur darf dabei nicht der Entscheidung des Ministeriums vorgegriffen werden. Vgl. dazu die Verordnungen des sächs. Min. d. Innern vom 7. Oktober 1897 und vom 20. Juli 1898 (Fischers Ztschr. 19, 51 und 353).

[157]) Zunächst wird sie das auf gütlichem Wege versuchen, „in Vertragsform" (Entsch. des Comp.-Gerichtshofs vom 17. Dezember 1890 in Fischers Ztschr. 13, 187).

[158]) Zeitschr. f. Kleinb. 1905, 142.

ihr zu prüfen und eventuell zu genehmigen; auch bezüglich des Fahrplanes hat die Gemeinde unter Umständen aus polizeilichen Gründen mitzureden.[159]) Dagegen ist es kaum denkbar, daß im Zusammenhang mit dem Tarifwesen Störungen der guten Ordnung hervortreten könnten; deshalb ist hier eine Zuständigkeit der Gemeinde nicht begründet. [160])

Alle diese polizeilichen Befugnisse aber beruhen nicht auf der Konzession des Unternehmens. Mit ihr haben sie unmittelbar gar nichts zu tun, entstehen vielmehr nur anläßlich der Verleihung aus den durch diese begründeten Verhältnissen. Deshalb ist die Gemeinde bei dem Verwaltungsakt der Konzession des Unternehmens gar nicht beteiligt, wenn auch deren Wirksamkeit von der Zustimmung der Gemeinde als der Straßenherrin abhängen kann.

Zur Verleihung des öffentlichen Straßenbahnunternehmens ausschließlich und im allgemeinen auch zu seiner Überwachung ist der Staat berufen. Von ihm abgeleitete Polizeigewalt übt die Gemeinde in größerem oder geringerem Umfange dem Unternehmer gegenüber aus, während, diesem die Nutzung ihrer Straßen zu verleihen, nur der Gemeinde zusteht.

---

[159]) Z. B. können aus zu raschem Fahren oder wegen Anhäufung von zu vielen Wagen an einer Stelle Störungen der guten Ordnung drohen.

[160]) Jedenfalls folgt sie nicht – wie Hilse (Verstadtlichung S. 46) annimmt – aus § 76 der Gewerbeordnung, da man eine Straßenbahn nicht als „Transportmittel, das öffentlich zum Gebrauche aufgestellt ist", bezeichnen kann.